



Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

**Cinquante-huitième session
1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006**

**Assemblée générale
Documents officiels
Soixante et unième session
Supplément n° 10 (A/61/10)**

Assemblée générale
Documents officiels
Soixante et unième session
Supplément n° 10 (A/61/10)

**Rapport de la Commission
du droit international**

**Cinquante-huitième session
1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006**



Nations Unies • New York, 2006

NOTE

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

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

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international, 2006*.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. INTRODUCTION	1 – 12	1
A. Membres de la Commission	2 – 3	1
B. Membres du Bureau et Bureau élargi	4 – 6	2
C. Comité de rédaction	7 – 8	3
D. Groupes de travail	9 – 10	4
E. Secrétariat	11	5
F. Ordre du jour	12	5
II. RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA CINQUANTE-HUITIÈME SESSION	13 – 25	7
III. POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION	26 – 33	10
A. Ressources naturelles partagées	26	10
B. Responsabilité des organisations internationales	27 – 28	10
C. Réserves aux traités	29	11
D. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>)	30 – 31	11
E. Autres décisions et conclusions de la Commission	32 – 33	12
IV. PROTECTION DIPLOMATIQUE	34 – 50	13
A. Introduction	34 – 40	13
B. Examen du sujet à la présente session	41 – 45	14
C. Recommandation de la Commission	46	15
D. Hommage au Rapporteur spécial	47 – 48	15
E. Texte du projet d'articles sur la protection diplomatique	49 – 50	16
1. Texte du projet d'articles	49	16
2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs	50	22

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IV. (suite)		
PROTECTION DIPLOMATIQUE.....		22
PREMIÈRE PARTIE. DISPOSITIONS GÉNÉRALES.....		24
Article 1. Définition et champ d'application.....		24
Commentaire.....		25
Article 2. Droit d'exercer la protection diplomatique.....		29
Commentaire.....		29
DEUXIÈME PARTIE. NATIONALITÉ.....		31
CHAPITRE I. PRINCIPES GÉNÉRAUX.....		31
Article 3. Protection par l'État de la nationalité.....		31
Commentaire.....		31
CHAPITRE II. PERSONNES PHYSIQUES.....		31
Article 4. État de nationalité d'une personne physique.....		31
Commentaire.....		32
Article 5. Continuité de la nationalité d'une personne physique.....		36
Commentaire.....		36
Article 6. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers.....		42
Commentaire.....		42
Article 7. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité.....		44
Commentaire.....		44
Article 8. Apatrides et réfugiés.....		48
Commentaire.....		48
CHAPITRE III. PERSONNES MORALES.....		53
Article 9. État de nationalité d'une société.....		53
Commentaire.....		53
Article 10. Continuité de la nationalité d'une société.....		54
Commentaire.....		55

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IV. (suite)		
Article 11. Protection des actionnaires		59
Commentaire		59
Article 12. Atteinte directe aux droits des actionnaires		67
Commentaire		67
Article 13. Autres personnes morales		69
Commentaire		69
TROISIÈME PARTIE. RECOURS INTERNES		72
Article 14. Épuisement des recours internes		72
Commentaire		72
Article 15. Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes		78
Commentaire		79
QUATRIÈME PARTIE. DISPOSITIONS DIVERSES		89
Article 16. Actions ou procédures autres que la protection diplomatique		89
Commentaire		89
Article 17. Règles spéciales du droit international		92
Commentaire		92
Article 18. Protection des équipages des navires		93
Commentaire		93
Article 19. Pratique recommandée		97
Commentaire		97
V. RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL (RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE EN CAS DE PERTE CAUSÉE PAR UN DOMMAGE TRANSFRONTIÈRE DÉCOULANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES)	51 – 67	104
A. Introduction	51 – 58	104
B. Examen du sujet à la présente session	59 – 62	107

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
V. (suite)		
C. Recommandation de la Commission	63	108
D. Hommage au Rapporteur spécial	64 – 65	108
E. Texte des projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses	66 – 67	109
1. Texte des projets de principes.....	66	109
2. Texte des projets de principes et commentaires y afférents ..	67	113
Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses.....		114
Commentaire général.....		114
Préambule		118
Commentaire.....		118
Principe 1. Champ d'application.....		120
Commentaire.....		120
Principe 2. Termes employés		126
Commentaire.....		126
Principe 3. Objectifs.....		146
Commentaire.....		146
Principe 4. Indemnisation prompte et adéquate		157
Commentaire.....		157
Principe 5. Mesures d'intervention		173
Commentaire.....		173
Principe 6. Recours internes et internationaux.....		179
Commentaire.....		179
Principe 7. Élaboration de régimes internationaux spécifiques		188
Commentaire.....		188
Principe 8. Mise en œuvre.....		189
Commentaire.....		189

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VI. RESSOURCES NATURELLES PARTAGÉES	68 – 76	191
A. Introduction	68 – 69	191
B. Examen du sujet à la présente session	70 – 74	191
C. Texte du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission en première lecture	75 – 76	193
1. Texte du projet d'articles	75	193
2. Texte des projets d'articles et des commentaires y afférents	76	201
Le droit des aquifères transfrontières		201
Commentaire général		201
PREMIÈRE PARTIE. INTRODUCTION		204
Article 1. Champ d'application		204
Commentaire		204
Article 2. Termes employés		207
Commentaire		207
DEUXIÈME PARTIE. PRINCIPES GÉNÉRAUX		211
Article 3. Souveraineté des États de l'aquifère		211
Commentaire		211
Article 4. Utilisation équitable et raisonnable		213
Commentaire		213
Article 5. Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable		216
Commentaire		216
Article 6. Obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres États de l'aquifère		219
Commentaire		220
Article 7. Obligation générale de coopérer		222
Commentaire		222
Article 8. Échange régulier de données et informations		224
Commentaire		224

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VI. (suite)		
TROISIÈME PARTIE. PROTECTION, PRÉSERVATION ET GESTION		228
Article 9. Protection et préservation des écosystèmes.....		228
Commentaire.....		228
Article 10. Zones de réalimentation et de déversement.....		230
Commentaire.....		230
Article 11. Prévention, réduction et maîtrise de la pollution.....		231
Commentaire.....		232
Article 12. Surveillance		234
Commentaire.....		234
Article 13. Gestion.....		238
Commentaire.....		238
QUATRIÈME PARTIE. ACTIVITÉS TOUCHANT D'AUTRES ÉTATS		240
Article 14. Activités projetées		240
Commentaire.....		241
CINQUIÈME PARTIE. DISPOSITIONS DIVERSES		244
Article 15. Coopération scientifique et technique avec les États en développement		244
Commentaire.....		244
Article 16. Situations d'urgence		248
Commentaire.....		249
Article 17. Protection en période de conflit armé.....		253
Commentaire.....		253
Article 18. Données et informations relatives à la défense ou à la sécurité nationales		254
Commentaire.....		255
Article 19. Accords et arrangements bilatéraux et régionaux		256
Commentaire.....		256

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VII. RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES.	77 – 91	258
A. Introduction	77 – 79	258
B. Examen du sujet à la présente session	80 – 89	259
C. Texte des projets d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission	90 – 91	264
1. Texte des projets d'articles	90	264
2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session	91	274
CHAPITRE V. CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITÉ		275
Commentaire général		275
Article 17. Consentement		275
Commentaire		276
Article 18. Légitime défense		277
Commentaire		277
Article 19. Contre-mesures		279
Article 20. Force majeure		280
Commentaire		280
Article 21. Détresse		282
Commentaire		282
Article 22. État de nécessité		284
Commentaire		284
Article 23. Respect de normes impératives		287
Commentaire		287
Article 24. Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité		288
Commentaire		288

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VII. (suite)		
CHAPITRE (x). RESPONSABILITÉ D'UN ÉTAT À RAISON DU FAIT D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE		289
Commentaire général		289
Article 25. Aide ou assistance d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale		290
Commentaire.....		290
Article 26. Direction et contrôle exercés par un État sur la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale		292
Commentaire.....		292
Article 27. Coercition exercée sur une organisation internationale par un État		293
Commentaire.....		293
Article 28. Responsabilité internationale en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale		294
Commentaire.....		294
Article 29. Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation		297
Commentaire.....		297
Article 30. Effet du présent chapitre		302
Commentaire		302
VIII. RÉSERVES AUX TRAITÉS	92 – 159	304
A. Introduction	92 – 100	304
B. Examen du sujet à la présente session	101 – 157	306
1. Présentation de la deuxième partie du dixième rapport par le Rapporteur spécial	108 – 118	307

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VIII. (suite)		
2. Résumé du débat	119 – 143	311
3. Conclusions du Rapporteur spécial	144 – 157	314
C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement à ce jour par la Commission.....	158 – 159	317
1. Texte des projets de directives.....	158	317
2. Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session.....	159	341
3. Validité des réserves et des déclarations interprétatives		341
Commentaire général.....		341
3.1 Validité matérielle d’une réserve.....		344
Commentaire.....		345
3.1.1 Réserves expressément interdites par le traité.....		350
Commentaire.....		350
3.1.2 Définition des réserves déterminées		357
Commentaire.....		357
3.1.3 Validité des réserves non interdites par le traité.....		367
Commentaire.....		367
3.1.4 Validité des réserves déterminées.....		370
Commentaire.....		371
1.6 Portée des définitions.....		373
Commentaire.....		373
2.1.8 [2.1.7 bis] Procédure en cas de réserves manifestement non valides		375
Commentaire.....		376

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IX. ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS.....	160 – 177	379
A. Introduction	160 – 166	379
B. Examen du sujet à la présente session	167 – 170	380
C. Hommage au Rapporteur spécial.....	171 – 172	383
D. Texte des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques adoptés par la Commission.....	173 – 177	384
Introduction.....	173 – 175	384
1. Texte des principes directeurs	176	385
2. Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session.....	177	387
Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques.....		387
Principe 1		388
Commentaire.....		388
Principe 2		389
Commentaire.....		389
Principe 3		390
Commentaire.....		390
Principe 4		391
Commentaire.....		391
Principe 5		392
Commentaire.....		392
Principe 6		395
Commentaire.....		395
Principe 7		396
Commentaire.....		396
Principe 8		398
Commentaire.....		398

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IX. (suite)		
Principe 9.....		398
Commentaire.....		398
Principe 10.....		399
Commentaire.....		400
X. EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS	178 – 211	401
A. Introduction	178 – 180	401
B. Examen du sujet à la présente session.....	181 – 211	401
1. Observations générales sur le sujet.....	182 – 185	402
a) Présentation par le Rapporteur spécial	182 – 183	402
b) Résumé du débat.....	184	402
c) Conclusions du Rapporteur spécial	185	402
2. Article premier. Champ d’application.....	186 – 188	403
a) Présentation par le Rapporteur spécial	186	403
b) Résumé du débat.....	187	403
c) Conclusions du Rapporteur spécial	188	403
3. Article 2. Définitions	189 – 198	404
a) Présentation par le Rapporteur spécial	189 – 190	404
b) Résumé du débat.....	191 – 196	404
c) Conclusions du Rapporteur spécial	197 – 198	406
4. Article 3. Extension ou suspension de l’application <i>ipso facto</i>	199 – 200	407
a) Présentation par le Rapporteur spécial	199	407
b) Résumé du débat.....	200	407
5. Article 4. Les indices de prédisposition des traités à l’extinction ou à la suspension de leur application en cas de conflit armé	201 – 204	408
a) Présentation par le Rapporteur spécial	201 – 202	408
b) Résumé du débat.....	203	408
c) Conclusions du Rapporteur spécial	204	409

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
X. (suite)		
6. Article 5. Dispositions expresses sur l'application des traités	205 – 206	409
a) Présentation par le Rapporteur spécial	205	409
b) Résumé du débat.....	206	409
7. Article 6. Traités relatifs à la situation qui a occasionné le recours au conflit armé	207 – 208	410
a) Présentation par le Rapporteur spécial	207	410
b) Résumé du débat.....	208	410
8. Article 7. Application des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils sont applicables.....	209 – 211	411
a) Présentation par le Rapporteur spécial	209	411
b) Résumé du débat.....	210	412
c) Conclusions du Rapporteur spécial	211	412
XI. L'OBLIGATION D'EXTRADER OU DE POURSUIVRE (AUT DEDERE AUT JUDICARE).....	212 – 232	413
A. Introduction.....	212 – 213	413
B. Examen du sujet à la présente session	214 – 232	413
1. Présentation par le Rapporteur spécial	215 – 219	413
2. Résumé du débat.....	220 – 229	415
3. Conclusions du Rapporteur spécial	230 – 232	417
XII. FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: DIFFICULTÉS DÉCOULANT DE LA DIVERSIFICATION ET DE L'EXPANSION DU DROIT INTERNATIONAL	233 – 251	419
A. Introduction	233 – 236	419
B. Examen du sujet à la présente session	237 – 239	421
C. Hommage au Groupe d'étude et à son président	240	422

TABLE DES MATIÈRES (suite)

Chapitre	Paragraphes	Page
XII. (suite)		
D. Rapport du Groupe d'étude	241 – 251	422
I. Historique	241 – 250	422
II. Conclusions des travaux du Groupe d'étude	251	426
1. Généralités		426
2. La maxime <i>les specialis derogat legi generali</i>		428
3. Régimes spéciaux (autonomes)		430
4. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités		432
5. Conflits entre normes successives		436
6. La hiérarchie des normes en droit international: <i>jus cogens</i> , obligations <i>erga omnes</i> , Article 103 de la Charte des Nations Unies		438
XIII. AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION ..	252 – 291	444
A. L'expulsion des étrangers	252	444
B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	253 – 269	444
1. Programme de travail à long terme de la Commission	256 – 261	444
2. Documentation et publications	262 – 267	449
3. Réunion avec des experts des droits de l'homme de l'ONU	268	450
4. Honoraires	269	450
C. Dates et lieu de la cinquante-neuvième session de la Commission	270	451
D. Coopération avec d'autres organes	271 – 274	451

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
XIII. (<i>suite</i>)		
E. Représentation à la soixante et unième session de l'Assemblée générale.....	275 – 276	452
F. Séminaire de droit international.....	277 – 291	452
Annexes		
Annexe A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.....		457
Annexe B. Immunité juridictionnelle des organisations internationales.....		478
Annexe C. Protection des personnes en cas de catastrophe.....		488
Annexe D. Protection des données personnelles dans la circulation transfrontière de l'information.....		517
Annexe E. La compétence extraterritoriale.....		548

CHAPITRE PREMIER

I. INTRODUCTION

1. La Commission du droit international a tenu sa cinquante-huitième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 1^{er} mai au 9 juin 2006 pour la première partie de session et du 3 juillet au 11 août 2006 pour la seconde partie de session. La session a été ouverte par M. Djamchid Momtaz, Président de la Commission à sa cinquante-septième session.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants:

- M. Emmanuel Akwei Addo (Ghana)
- M. Husain Al-Baharna (Bahreïn)
- M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)
- M. João Clemente Baena Soares (Brésil)
- M. Ian Brownlie (Royaume-Uni)
- M. Enrique Candioti (Argentine)
- M. Choung II Chee (République de Corée)
- M. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)
- M. Riad Daoudi (République arabe syrienne)
- M. Christopher John Robert Dugard (Afrique du Sud)
- M. Constantin P. Economides (Grèce)
- M^{me} Paula Escarameia (Portugal)
- M. Salifou Fomba (Mali)
- M. Giorgio Gaja (Italie)
- M. Zdzislaw Galicki (Pologne)
- M. Peter C. R. Kabatsi (Ouganda)
- M. Maurice Kamto (Cameroun)
- M. James Lutabanzibwa Kateka (République-Unie de Tanzanie)
- M. Fathi Kemicha (Tunisie)
- M. Roman Anatolyevitch Kolodkin (Fédération de Russie)
- M. Martti Koskenniemi (Finlande)

M. William R. Mansfield (Nouvelle-Zélande)
M. Michael J. Matheson (États-Unis)
M. Teodor Viorel Melescanu (Roumanie)
M. Djamchid Momtaz (République islamique d’Iran)
M. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)
M. Didier Operti Badan (Uruguay)
M. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabon)
M. Alain Pellet (France)
M. Pemmeraju Sreenivasa Rao (Inde)
M. Victor Rodríguez-Cedeño (Venezuela)
M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)¹
M^{me} Hanqin Xue (Chine)
M. Chusei Yamada (Japon).

3. À sa 2867^e séance, tenue le 1^{er} mai 2006, la Commission a élu M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie) au poste devenu vacant à la suite de l’élection de M. Bernardo Sepúlveda à la Cour internationale de Justice.

B. Membres du Bureau et Bureau élargi

4. À sa 2867^e séance, tenue le 1^{er} mai 2006, la Commission a élu le Bureau suivant:

Président:	M. Guillaume Pambou-Tchivounda
Premier Vice-Président:	M. Giorgio Gaja
Deuxième Vice-Président:	M. Victor Rodríguez-Cedeño
Président du Comité de rédaction:	M. Roman A. Kolodkin
Rapporteur:	M ^{me} Hanqin Xue

¹ Voir par. 3.

5. Le Bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, des anciens présidents de la Commission² et des rapporteurs spéciaux³.

6. Sur la recommandation du Bureau élargi, la Commission a constitué un groupe de planification composé des membres suivants: M. G. Gaja (Président), M. E. A. Addo, M. E. Candioti, M. P. Comissário Afonso, M. R. Daoudi, M^{me} P. Escarameia, M. S. Fomba, M. Z. Galicki, M. P. Kabatsi, M. M. Kamto, M. J. L. Kateka, M. F. Kemicha, M. R. A. Kolodkin, M. T.V. Melescanu, M. D. Momtaz, M. B. Niehaus, M. A. Pellet, M. P. S. Rao, M. E. Valencia-Ospina, M. C. Yamada et M^{me} H. Xue (membre de droit).

C. Comité de rédaction

7. À ses 2871^e, 2874^e, 2880^e et 2881^e séances, tenues respectivement les 5, 11, 23 et 30 mai 2006, la Commission a constitué un comité de rédaction composé des membres suivants pour les sujets indiqués:

a) Protection diplomatique: M. R. A. Kolodkin (Président), M. J. Dugard (Rapporteur spécial), M. I. Brownlie, M. E. Candioti, M. C. I. Chee, M. C. Economides, M^{me} Paula Escarameia, M. G. Gaja, M. F. Kemicha, M. W. Mansfield, M. M. J. Matheson, M. D. Momtaz, M. C. Yamada et M^{me} H. Xue (membre de droit).

b) Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses): M. R. A. Kolodkin (Président), M. P. S. Rao (Rapporteur spécial), M. J. C. Baena Soares, M. E. Candioti, M. C. I. Chee, M. R. Daoudi, M^{me} P. Escarameia, M. G. Gaja, M. M. Koskenniemi, M. W. Mansfield, M. M. J. Matheson, M. C. Yamada et M^{me} H. Xue (membre de droit).

² M. J. C. Baena Soares, M. E. Candioti, M. Z. Galicki, M. P. C. R. Kabatsi, M. D. Momtaz, M. A. Pellet, M. P. S. Rao et M. C. Yamada.

³ M. I. Brownlie, M. C. J. R. Dugard, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. M. Kamto, M. A. Pellet, M. P. S. Rao, M. V. Rodríguez-Cedeño et M. C. Yamada.

c) Réserves aux traités: M. R. A. Kolodkin (Président), M. A. Pellet (Rapporteur spécial), M^{me} P. Escarameia, M. S. Fomba, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. M. J. Matheson, M. C. Yamada et M^{me} H. Xue (membre de droit).

d) Responsabilité des organisations internationales: M. R. A. Kolodkin (Président), M. G. Gaja (Rapporteur spécial), M. C. P. Economides, M^{me} P. Escarameia, M. W. Mansfield, M. M. J. Matheson, M. D. Momtaz, M. E. Valencia-Ospina, M. C. Yamada et M^{me} H. Xue (membre de droit).

e) Ressources naturelles partagées: M. R. A. Kolodkin (Président), M. C. Yamada (Rapporteur spécial), M. E. Candioti, M. P. Comissário Afonso, M. R. Daoudi, M^{me} P. Escarameia, M. S. Fomba, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. W. Mansfield, M. M. J. Matheson, M. G. Pambou-Tchivounda et M^{me} H. Xue (membre de droit).

8. Le Comité de rédaction a tenu un total de 28 séances sur les cinq sujets indiqués ci-dessus.

D. Groupes de travail

9. À ses 2868^e, 2877^e et 2888^e séances, tenues respectivement les 2 mai, 17 mai et 5 juillet 2006, la Commission a également reconstitué les groupes de travail et le groupe d'étude ci-après:

a) Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées: M. E. Candioti (Président), M. C. Yamada (Rapporteur spécial), M. J. C. Baena Soares, M. P. Comissário Afonso, M. R. Daoudi, M^{me} P. Escarameia, M. S. Fomba, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. P. Kabatsi, M. W. Mansfield, M. M. J. Matheson, M. D. Operti Badan, M. P. S. Rao et M^{me} H. Xue (membre de droit).

b) Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et du développement du droit international (à composition non limitée)

Président: M. M. Koskenniemi.

c) Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États (à composition non limitée)

Président: M. A. Pellet.

10. Le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a été reconstitué et était composé comme suit: M. A. Pellet (Président), M. J. C. Baena Soares, M. Z. Galicki, M. M. Kamto, M. M. Koskenniemi et M^{me} H. Xue (membre de droit).

E. Secrétariat

11. M. Nicolas Michel, 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.

M^{me} Mahnoush H. Arsanjani, Directrice adjointe de la Division de la codification, assumait les fonctions de Secrétaire adjointe de la Commission. M. George Korontzis, juriste principal (administrateur général), assumait les fonctions de Premier Secrétaire assistant de la Commission. M. Trevor Chimimba, juriste hors classe, assumait les fonctions de Secrétaire assistant principal de la Commission. M. Arnold Pronto, juriste, et M. Michele Ameri et M. Gionata Buzzini, juristes adjoints de première classe, étaient secrétaires assistants de la Commission.

F. Ordre du jour

12. À sa 2867^e séance, tenue le 1^{er} mai 2006, la Commission a adopté pour sa cinquante-huitième session l'ordre du jour suivant:

1. Organisation des travaux de la session.
2. Protection diplomatique.
3. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses).
4. Responsabilité des organisations internationales.
5. Ressources naturelles partagées.

6. Actes unilatéraux des États.
7. Réserves aux traités.
8. Expulsion d'étrangers.
9. Effets des conflits armés sur les traités.
10. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).
11. Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et du développement du droit international.
12. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
13. Coopération avec d'autres organes.
14. Dates et lieu de la cinquante-neuvième session.
15. Questions diverses.

CHAPITRE II

RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA CINQUANTE-HUITIÈME SESSION

13. S'agissant du sujet «Protection diplomatique», la Commission a examiné le septième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/567) et a ensuite achevé la deuxième lecture du sujet. Elle a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recommander à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base du projet d'articles sur la protection diplomatique (chap. IV).

14. Sur le sujet «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)», la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/566) et a ensuite achevé la deuxième lecture du sujet. Elle a décidé, conformément à l'article 23 de son statut de recommander à l'Assemblée générale d'approuver les projets de principes par voie de résolution et de prier instamment les États de prendre des mesures aux niveaux national et international pour les mettre en œuvre (chap. V).

15. Pour ce qui est du sujet «Ressources naturelles partagées», la Commission a établi un groupe de travail sur les eaux souterraines transfrontières qu'elle a chargé d'achever l'examen des projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/551 et Corr.1 et Add.1); elle a renvoyé 19 projets d'articles révisés au Comité de rédaction et a ensuite adopté en première lecture un ensemble de projets d'articles sur le droit relatif aux aquifères transfrontières, assortis de commentaires (chap. VI).

16. À propos du sujet «Responsabilité des organisations internationales», la Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/564 et Add.1 et 2); elle a adopté 14 projets d'articles, assortis de commentaires, relatifs aux circonstances excluant l'illicéité et à la responsabilité de l'État relativement au fait d'une organisation internationale (chap. VII).

17. S'agissant du sujet «Réserves aux traités», la Commission a examiné la deuxième partie du dixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/558/Add.1 et Add.2) et a renvoyé au Comité de rédaction 16 projets de directives portant sur la définition de l'objet et du but du traité et la détermination de la validité des réserves. La Commission a également adopté 5 projets de

directives relatifs à la validité des réserves, assortis de commentaires. En outre, la Commission a remanié 2 projets de directives qui avaient été précédemment adoptés, relatifs respectivement à la portée des définitions et à la procédure en cas de réserve manifestement non valide, pour tenir compte d'un changement de terminologie (chap. VIII).

18. Pour ce qui est du sujet «Actes unilatéraux des États», la Commission a examiné le neuvième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/569 et Add.1), contenant 11 projets de principes, et a reconstitué le Groupe de travail sur les actes unilatéraux qui a été chargé d'élaborer des conclusions et des principes sur le sujet. La Commission a adopté un ensemble de 10 principes directeurs, assortis de commentaires, relatifs aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, et elle a recommandé les principes directeurs à l'attention de l'Assemblée générale (chap. IX).

19. Pour ce qui est du sujet «Effets des conflits armés sur les traités», la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/570 et Corr.1) (chap. X).

20. S'agissant du sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (“*aut dedere aut judicare*”))», la Commission a examiné le rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/571) (chap. XI).

21. À propos du sujet «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», la Commission a examiné le rapport du Groupe d'étude et pris note de ses 42 conclusions qu'elle a recommandées à l'attention de l'Assemblée générale (chap. XII). Le rapport et ses conclusions ont été établis à partir d'un rapport de synthèse mis au point par le Président du Groupe d'étude et présentant et analysant le phénomène de la fragmentation à partir des exposés préparés par plusieurs membres du Groupe d'étude et des débats qui ont eu lieu en son sein (A/CN.4/L.682 et Corr.1). La Commission a demandé que le rapport de synthèse soit placé sur son site Web et publié dans son *Annuaire*.

22. La Commission a constitué un groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail (chap. XIII, sect. B.2). Elle a réaffirmé qu'à son avis, il n'était pas possible de limiter a priori le volume de sa documentation; elle a recommandé que la Division de la codification établisse la septième édition de l'ouvrage intitulé «La Commission du droit international et son œuvre», et a également décidé d'inscrire à son programme de travail

à long terme les sujets ci-après: «L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère», «L'immunité juridictionnelle des organisations internationales», «La protection des personnes en cas de catastrophe», «La protection des données personnelles dans la circulation transfrontière de l'information» et «La compétence extraterritoriale» (chap. XIII, sect. B.1).

23. La Commission a poursuivi ses échanges traditionnels d'informations avec la Cour internationale de Justice, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Afrique et d'Asie, le Comité européen de coopération juridique et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe, ainsi que le Comité juridique interaméricain. Des membres de la Commission ont également tenu des réunions informelles avec d'autres organes et associations sur des sujets d'intérêt commun (chap. XIII, sect. D).

24. Un séminaire de formation auquel ont participé 25 personnes de nationalités différentes a eu lieu lors de la session (chap. XIII, sect. F).

25. La Commission a décidé de tenir sa prochaine session à l'Office des Nations Unies à Genève en deux temps, du 7 mai au 8 juin 2007 et du 9 juillet au 10 août 2007 (chap. XIII, sect. C).

CHAPITRE III

POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION

A. Ressources naturelles partagées

26. La première lecture du projet d'articles sur le droit relatif aux aquifères transfrontières ayant été menée à bien, la Commission souhaiterait recevoir des gouvernements:

- a) Leurs commentaires et observations sur tous les aspects du projet d'articles;
- b) Leurs commentaires et observations sur les commentaires relatifs au projet d'articles;
- c) Leur avis sur la forme définitive à donner au projet d'articles.

B. Responsabilité des organisations internationales

27. La Commission prendrait connaissance avec intérêt des commentaires et observations des gouvernements et des organisations internationales sur les projets d'articles 17 à 30, en particulier ceux relatifs à la responsabilité internationale en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale (projet d'article 28) et à la responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation (projet d'article 29).

28. La Commission accueillerait aussi avec intérêt les points de vue des gouvernements et des organisations internationales sur les deux questions suivantes qui devraient être traitées dans le prochain rapport:

a) Les membres d'une organisation internationale qui ne sont pas responsables d'un fait internationalement illicite de cette organisation sont-ils tenus d'indemniser la personne lésée, dans le cas où l'organisation n'est pas à même de le faire?

b) Aux termes de l'article 41, paragraphe 1, du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, lorsqu'un État commet une violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, les autres États doivent coopérer pour y mettre fin par des moyens licites. Dans le cas où une organisation

internationale commet une telle violation, les États ainsi que les autres organisations internationales sont-ils tenus de coopérer pour y mettre fin?

C. Réserves aux traités

29. La Commission a recommandé que le secrétariat, en concertation avec le Rapporteur spécial sur les réserves aux traités, organise une réunion au cours de la cinquante-neuvième session de la Commission avec des experts de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme, y compris des représentants des organes de contrôle, afin de débattre des questions relatives aux réserves aux traités de droits de l'homme. Dans cette perspective, la Commission aimerait recevoir les points de vue des gouvernements sur les ajustements qu'ils estimeraient nécessaire ou utile d'apporter aux «Conclusions préliminaires de la Commission du droit international concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme», adoptées par la Commission à sa quarante-neuvième session⁴.

D. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)

30. La Commission accueillerait avec intérêt toutes informations que les gouvernements pourraient souhaiter lui communiquer quant à leur législation et à leur pratique concernant ce sujet, notamment les plus récentes. Ces informations devraient si possible porter sur:

- a) Les traités internationaux liant un État et contenant l'obligation d'extrader ou de poursuivre, et les réserves faites par cet État pour limiter l'application de cette obligation;
- b) Les règles juridiques internes adoptées et appliquées par un État, y compris les dispositions constitutionnelles et les codes pénaux ou codes de procédure pénale, concernant l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*);
- c) La pratique judiciaire d'un État reflétant l'application de l'obligation *aut dedere aut judicare*;
- d) Les crimes ou infractions auxquels s'applique l'obligation *aut dedere aut judicare* dans la législation ou la pratique d'un État.

⁴ *Annuaire ... 1997*, vol. II (deuxième partie), p. 57, par. 157.

31. La Commission accueillerait aussi avec intérêt toute autre information que les gouvernements pourraient considérer comme pertinente pour le sujet.

E. Autres décisions et conclusions de la Commission

32. S'agissant du programme de travail à long terme, la Commission prendrait connaissance avec intérêt des vues des gouvernements sur le point suivant (par. 33).

33. En 1978, la Commission a adopté le projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée⁵. Compte tenu des circonstances de l'époque, l'Assemblée générale n'a pris aucune mesure à propos de ce projet, qui est manifestement dépassé à de nombreux égards aujourd'hui. Certains membres de la Commission pensent que celle-ci ne devrait pas reprendre l'examen du sujet maintenant, car les divergences politiques fondamentales qui expliquent que l'Assemblée n'ait pris aucune décision sur ce projet d'articles ne sont toujours pas résolues, et devraient d'abord être réglées dans le cadre des instances internationales dotées des compétences techniques et des pouvoirs d'action nécessaires. D'autres membres estiment que, vu l'évolution de la situation internationale et l'importance continue de la clause de la nation la plus favorisée dans les traités contemporains, en particulier dans le domaine du droit commercial et des investissements internationaux, le moment est venu d'entreprendre de nouveaux travaux sur la question et d'inscrire en conséquence le sujet dans le programme de travail à long terme de la Commission.

⁵ *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 18 à 83, par. 74.

CHAPITRE IV

PROTECTION DIPLOMATIQUE

A. Introduction

34. À sa quarante-septième session (1995), la Commission a entériné la recommandation du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme en faveur de l'examen du sujet et décidé, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale, de l'inscrire à son ordre du jour⁶. À sa quarante-huitième session (1996), la Commission a retenu le sujet intitulé «Protection diplomatique» au nombre des trois qui lui paraissaient se prêter à la codification et au développement progressif⁷. Ultérieurement, l'Assemblée générale l'a invitée, dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations présentés au cours du débat de la Sixième Commission, ainsi que sur les commentaires que les gouvernements souhaiteraient formuler par écrit⁸.
35. À sa 2501^e séance, le 11 juillet 1997, la Commission a nommé M. Mohamed Bennouna Rapporteur spécial sur le sujet.
36. L'Assemblée générale, dans sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, a approuvé la décision de la Commission d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé «Protection diplomatique».
37. À sa cinquantième session (1998), la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial⁹.

⁶ Voir *Annuaire ... 1995*, vol. II (deuxième partie), par. 501. L'Assemblée générale, dans sa résolution 50/45 du 11 décembre 1995, a noté que la Commission suggérait d'inscrire ce sujet à son ordre du jour.

⁷ Voir *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), par. 248 et annexe II, additif 1.

⁸ Voir A/51/358 et Add.1. Conformément à la résolution 51/160 de l'Assemblée générale, la Commission a créé un Groupe de travail sur le sujet à sa quarante-neuvième session (1997). À la même session, le Groupe de travail lui a présenté un rapport que la Commission a approuvé (*Annuaire ... 1997*, vol. II (deuxième partie), par. 171). Le Groupe de travail a proposé, pour l'examen du sujet, un plan que la Commission a recommandé au Rapporteur spécial de prendre comme base de travail pour établir son rapport préliminaire (*ibid.*, par. 189 et 190).

⁹ A/CN.4/484. À la même session, la Commission a constitué un Groupe de travail à composition non limitée chargé d'étudier les conclusions susceptibles d'être tirées du débat quant à la façon d'aborder le sujet (voir *Annuaire ... 1998*, vol. II (deuxième partie), par. 108).

38. À sa cinquante et unième session (1999), la Commission a nommé M. Christopher John Robert Dugard Rapporteur spécial sur le sujet, à la place de M. Bennouna, celui-ci ayant entre-temps été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

39. Le Rapporteur spécial a par la suite présenté cinq rapports¹⁰ de la cinquante-deuxième (2000) à la cinquante-sixième session (2004) de la Commission. À sa cinquante-sixième session (2004), la Commission a adopté en première lecture un ensemble de 19 projets d'articles sur la protection diplomatique assortis de commentaires¹¹. À la même session, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de transmettre ces articles aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général, en leur demandant de communiquer leurs commentaires et observations au Secrétaire général pour le 1^{er} janvier 2006 au plus tard¹².

40. À sa cinquante-septième session (2005), la Commission était saisie du sixième rapport du Rapporteur spécial, traitant de la doctrine des mains propres¹³.

B. Examen du sujet à la présente session

41. À la présente session, la Commission était saisie des commentaires et observations des gouvernements sur les projets d'articles adoptés en première lecture en 2004¹⁴ et du septième rapport du Rapporteur spécial¹⁵, contenant des propositions concernant l'examen des projets

¹⁰ Voir A/CN.4/506 et Corr.1 et Add.1 (projets d'articles 1 à 9), A/CN.4/514 et Corr.1 et 2 (rectificatif en espagnol seulement) (projets d'articles 10 à 13), A/CN.4/523 et Add.1 (projets d'articles 14 à 16), A/CN.4/530 et Corr.1 (rectificatif en espagnol seulement) et Add.1 (projets d'articles 17 à 22), et A/CN.4/538 (projets d'articles 23 à 27). Au cours de cette période, la Commission a tenu trois consultations officielles: sur les projets d'articles 1, 3 et 6 (à sa cinquante-deuxième session (2000) (*Annuaire ... 2000*, vol. II (deuxième partie), par. 495)), sur le projet d'article 9 (à sa cinquante-troisième session (2001)) et sur la question de la protection diplomatique des membres d'équipage des navires ainsi que des sociétés et des actionnaires (à sa cinquante-quatrième session (2002)). À sa cinquante-cinquième session (2003), la Commission a en outre constitué un Groupe de travail chargé d'examiner le paragraphe 2 du projet d'article 17 (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Suppl. n° 10* (A/58/10), par. 90 à 92).

¹¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Suppl. n° 10* (A/59/10), par. 59 et 60.

¹² *Ibid.*, par. 57.

¹³ A/CN.4/546. La Commission a en outre examiné plusieurs autres questions relatives aux projets d'articles adoptés en première lecture en 2004 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), par. 237 à 241).

¹⁴ A/CN.4/561 et Add.1 et 2. Des commentaires et des observations ont été soumis aussi par le Koweït le 1^{er} août 2006. La Commission n'a pas eu l'occasion de les examiner, car ils ont été reçus après l'adoption du projet d'articles en deuxième lecture. Ils sont publiés sous la cote A/CN.4/575.

¹⁵ A/CN.4/567.

d'articles 1 à 19 en deuxième lecture, ainsi qu'une proposition concernant un projet d'article additionnel, à la lumière des commentaires et observations reçus des gouvernements.

La Commission a examiné le rapport du Rapporteur spécial de sa 2867^e à sa 2871^e séance, du 1^{er} au 5 mai 2006.

42. À sa 2871^e séance, tenue le 5 mai 2006, la Commission a chargé le Comité de rédaction de commencer la deuxième lecture des projets d'articles en tenant compte des commentaires des gouvernements, des propositions du Rapporteur spécial et du débat tenu en séance plénière sur le septième rapport du Rapporteur spécial. La Commission a décidé en outre de renvoyer au Comité de rédaction la proposition du Rapporteur spécial concernant un projet d'article additionnel.

43. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.684 et Corr.1 et 2) à sa 2881^e séance, tenue le 30 mai 2006; à la même séance, elle a adopté dans son intégralité le projet d'articles sur la protection diplomatique en deuxième lecture.

44. De sa 2906^e à sa 2909^e séance, les 4, 7 et 8 août 2006, la Commission a adopté les commentaires relatifs au projet d'articles susmentionné.

45. Conformément à son statut, la Commission soumet le projet d'articles à l'Assemblée générale, accompagné de la recommandation ci-après.

C. Recommandation de la Commission

46. À sa 2909^e séance, le 8 août 2006, la Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recommander à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base du projet d'articles sur la protection diplomatique.

D. Hommage au Rapporteur spécial

47. À sa 2909^e séance, tenue le 8 août 2006, la Commission, après avoir adopté le projet d'articles sur la protection diplomatique, a adopté la résolution suivante par acclamation:

«La Commission du droit international,

Ayant adopté le projet d'articles sur la protection diplomatique,

Exprime à M. Christopher John Robert Dugard, Rapporteur spécial, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour sa contribution exceptionnelle, son dévouement et ses efforts inlassables, et pour les résultats qu'il a obtenus dans l'élaboration du projet d'articles sur la protection diplomatique.».

48. La Commission a aussi exprimé sa profonde gratitude au précédent Rapporteur spécial, M. Mohammed Bennouna, pour sa contribution appréciable aux travaux sur ce sujet.

E. Texte du projet d'articles sur la protection diplomatique

1. Texte du projet d'articles

49. Le texte du projet d'articles adopté par la Commission à sa cinquante-huitième session est reproduit ci-après.

PROTECTION DIPLOMATIQUE

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Définition et champ d'application

Aux fins du présent projet d'articles, la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité.

Article 2

Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles.

DEUXIÈME PARTIE

NATIONALITÉ

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3

Protection par l'État de nationalité

1. L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de nationalité.
2. Nonobstant le paragraphe 1, la protection diplomatique peut être exercée par un État à l'égard d'une personne qui n'a pas sa nationalité conformément au projet d'article 8.

CHAPITRE II

PERSONNES PHYSIQUES

Article 4

État de nationalité d'une personne physique

Aux fins de la protection diplomatique d'une personne physique, on entend par État de nationalité un État dont cette personne a acquis la nationalité, conformément au droit de

cet État, par sa naissance, par filiation, par naturalisation, à la suite d'une succession d'États ou de toute autre manière non contraire au droit international.

Article 5

Continuité de la nationalité d'une personne physique

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates.
2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation mais qui n'avait pas cette nationalité à la date du préjudice, à condition que la personne lésée ait eu la nationalité d'un État prédécesseur ou qu'elle ait perdu sa première nationalité et acquis, pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.
3. Le nouvel État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État de nationalité antérieur de cette personne à raison d'un préjudice subi alors que celle-ci avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.
4. Un État n'est plus en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui, après la date de la présentation officielle de la réclamation, acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite.

Article 6

Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la 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 dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard de cette personne.

Article 7

Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité

Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier État en question tant à la date du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

Article 8

Apatrides et réfugiés

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, à la date du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.
2. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié, conformément aux critères internationalement acceptés, si cette personne, à la date du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.
3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un préjudice dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de nationalité du réfugié.

CHAPITRE III

PERSONNES MORALES

Article 9

État de nationalité d'une société

Aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre État ou d'autres États et n'exerce pas d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre État, ce dernier est considéré comme l'État de nationalité.

Article 10

Continuité de la nationalité d'une société

1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité, ou la nationalité d'un État prédécesseur, de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates.
2. Un État n'est plus en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite après la présentation de ladite réclamation.
3. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité à la date du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle avait été constituée.

Article 11

Protection des actionnaires

Un État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que:

- a) Si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice; ou
- b) Si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État.

Article 12

Atteinte directe aux droits des actionnaires

Dans la mesure où un fait internationalement illicite d'un État porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'État de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit.

Article 13

Autres personnes morales

Les principes énoncés dans le présent chapitre s'appliquent, le cas échéant, à la protection diplomatique de personnes morales autres que des sociétés.

TROISIÈME PARTIE

RECOURS INTERNES

Article 14

Épuisement des recours internes

1. Un État ne peut présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8 avant que la personne lésée ait, sous réserve du projet d'article 15, épuisé tous les recours internes.
2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts à une personne lésée devant les autorités judiciaires ou administratives, ordinaires ou spéciales, de l'État prétendument responsable du préjudice.
3. Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale ou une demande de jugement déclaratif lié à la réclamation est faite, principalement en raison

d'un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8.

Article 15

Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

- a) Il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles pour accorder une réparation efficace, ou les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation;
- b) L'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État prétendument responsable;
- c) Il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État prétendument responsable à la date du préjudice;
- d) La personne lésée est manifestement empêchée d'exercer les recours internes;
ou
- e) L'État prétendument responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 16

Actions ou procédures autres que la protection diplomatique

Les droits des États, des personnes physiques, des personnes morales ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice causé par un fait internationalement illicite ne sont pas affectés par le présent projet d'articles.

Article 17

Règles spéciales du droit international

Le présent projet d'articles ne s'applique que dans la mesure où il est compatible avec des règles spéciales du droit international, telles que des dispositions conventionnelles relatives à la protection des investissements.

Article 18

Protection des équipages des navires

Le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.

Article 19

Pratique recommandée

Un État en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait:

- a) Prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé;
- b) Tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer; et
- c) Transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables.

2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs

50. On trouvera ci-dessous le texte des projets d'articles sur la protection diplomatique et les commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session.

PROTECTION DIPLOMATIQUE

1) À l'origine, l'élaboration d'articles sur la protection diplomatique avait été considérée comme relevant de l'étude de la responsabilité des États. Et de fait, dans ses rapports présentés de 1956 à 1961, le premier Rapporteur sur la responsabilité des États, M. F. V. Garcia Amador, avait inséré un certain nombre d'articles qui y étaient consacrés¹⁶. Par la suite, la codification de la responsabilité des États ne devait guère faire de place à la protection diplomatique, et il est expressément dit dans le projet final sur ce sujet que les deux questions qui sont au cœur de la protection diplomatique – la nationalité des réclamations et l'épuisement des voies de recours internes – seront traitées de manière plus approfondie par la Commission dans le cadre d'une

¹⁶ *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 175 à 231, *Annuaire ... 1957*, vol. II, p. 119 à 146, *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 49 à 76, *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 1 à 36, *Annuaire ... 1960*, vol. II, p. 38 à 63 et *Annuaire ... 1961*, vol. II, p. 1 à 56.

autre étude¹⁷. Il n'en existe pas moins un lien étroit entre les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le présent projet d'articles. Beaucoup des principes énoncés dans les premiers valent pour la protection diplomatique et ne sont donc pas répétés ici. C'est le cas en particulier des dispositions relatives aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. L'État responsable d'un préjudice causé à un étranger est obligé de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. Cette réparation peut prendre la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la satisfaction, séparément ou conjointement. Toutes ces questions sont traitées dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁸.

2) La protection diplomatique relève du sujet du «Traitement des étrangers». Il ne s'agit pas pour autant ici d'analyser les règles primaires relatives à ce sujet – c'est-à-dire celles qui régissent le traitement de la personne et des biens des étrangers, dont la violation engage la responsabilité envers l'État de nationalité de la personne lésée. Le présent projet d'articles ne porte que sur les règles secondaires – celles qui ont trait aux conditions à réunir pour pouvoir présenter une demande de protection diplomatique. Cela revient en gros aux règles régissant la recevabilité des réclamations. Aux termes de l'article 44 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite:

«La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si:

- a) La demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations;
- b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.»

Le présent projet d'articles donne corps à cette disposition en développant les règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes.

¹⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77, commentaire de l'article 44, notes 722 et 726.

¹⁸ Art. 28, 30, 31 et 34 à 37. Une bonne partie du commentaire de l'indemnisation (art. 36) est consacrée à l'examen des principes applicables aux réclamations concernant la protection diplomatique.

3) Il n'est pas question dans le présent projet de la protection d'un agent par une organisation internationale, généralement qualifiée de «protection fonctionnelle». Bien qu'il existe des similitudes entre cette protection fonctionnelle et la protection diplomatique, il y a aussi d'importantes différences. La protection diplomatique est traditionnellement un mécanisme destiné à obtenir réparation d'un préjudice causé au national d'un État fondé en grande partie sur le principe selon lequel ce préjudice est un préjudice causé à l'État lui-même. La protection fonctionnelle, en revanche, est une institution destinée à favoriser le bon fonctionnement d'une organisation internationale en assurant le respect de ses agents et celui de leur indépendance. Ce sont des différences de ce genre qui ont amené la Commission à conclure que la protection exercée par une organisation internationale au bénéfice de l'un de ses agents n'a pas sa place dans un ensemble d'articles relatifs à la protection diplomatique. À la question de savoir si un État peut exercer la protection diplomatique en faveur d'un national qui est aussi l'un des agents d'une organisation internationale, la Cour internationale de Justice, en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, a répondu en ces termes: «En pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'État soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale. La Cour ne conçoit pas pourquoi les parties intéressées ne pourraient trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens...»¹⁹.

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Définition et champ d'application

Aux fins du présent projet d'articles, la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité.

¹⁹ Réparation des dommages subis au Service des Nations Unies, *avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1949, p. 185 et 186.

Commentaire

- 1) Le projet d'article premier ne vise pas à donner une définition complète et exhaustive de la protection diplomatique, mais à décrire les caractéristiques principales de la protection diplomatique au sens où cette expression est employée dans le présent projet d'articles.
- 2) En droit international, un État est responsable du préjudice causé à un étranger par son fait ou son omission illicite. La protection diplomatique est la procédure employée par l'État de nationalité de la personne lésée pour protéger cette personne et obtenir réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite. Le présent projet d'articles ne concerne que les règles régissant les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique peut être exercée et les conditions qui doivent être réunies pour qu'elle puisse l'être. Il ne vise pas à définir ni à décrire les faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité de l'État pour préjudice causé à un étranger. Comme les articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁰, il maintient la distinction entre règles primaires et règles secondaires et ne traite que de ces dernières.
- 3) La protection diplomatique a de longue date été perçue comme un droit exclusif de l'État au sens où celui-ci exerce pour son propre compte parce qu'un préjudice causé à un de ses nationaux est considéré comme un préjudice causé à l'État lui-même. Cette conception trouve son origine, premièrement, dans la proposition posée en 1758 par le juriste suisse Emmerich de Vattel selon laquelle «quiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l'État, qui doit protéger ce citoyen»²¹ et, deuxièmement, dans un dictum de la Cour permanente de Justice internationale, qui figure dans l'arrêt rendu en 1924 dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, à savoir que, «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, cet État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international»²². Il s'agit évidemment d'une fiction,

²⁰ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77, commentaire général, par. 1 à 3.

²¹ *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*, vol. III (1758), chap. VI, p. 136.

²² *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, 1924, *C.P.I.J. série A n° 2*, p. 12. Ce dictum a été repris par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, 1939, *C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 16.

et d'une exagération²³, que de dire qu'un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même. Nombre des règles de la protection diplomatique contredisent cette affirmation, en particulier la règle de la continuité de la nationalité qui exige de l'État qu'il prouve que le national lésé est demeuré son national entre le moment où le préjudice a été causé et la date de présentation de la réclamation. «À vrai dire» – pour citer l'arrêt *Mavrommatis* –, l'État ne fait pas seulement valoir son propre droit. «À vrai dire», il fait aussi valoir le droit de son national lésé.

4) Lorsque le droit international a pris naissance, l'individu n'avait pas sa place dans l'ordre juridique international et il n'avait pas de droits. En conséquence, le seul moyen de protéger un national lésé à l'étranger était de recourir à une fiction, la fiction selon laquelle le préjudice qui lui était causé était causé à l'État lui-même. Cette fiction n'était toutefois qu'un moyen, la fin étant la protection des droits d'un national lésé. La situation est aujourd'hui radicalement différente. L'individu fait l'objet de nombreuses règles primaires du droit international, coutumier ou conventionnel, qui le protègent dans son pays, contre son propre gouvernement, et à l'étranger, contre les gouvernements étrangers. La Cour internationale de Justice l'a souligné dans les affaires *LaGrand*²⁴ et *Avena*²⁵. Cette protection ne se limite pas aux droits personnels. Les traités bilatéraux relatifs aux investissements confèrent des droits et une protection aux personnes physiques et morales en ce qui concerne leurs droits patrimoniaux. L'individu a des droits en droit international, mais peu de recours lui sont ouverts. L'exercice par un État de sa protection diplomatique au niveau interétatique demeure un instrument important pour protéger les personnes dont les droits de l'homme ont été violés à l'étranger.

5) Le projet d'article premier est formulé de manière à laisser ouverte la question de savoir si l'État qui exerce sa protection diplomatique le fait pour son propre compte ou pour celui de son national, ou les deux. Il place la protection diplomatique dans la perspective de la responsabilité de l'État et souligne qu'il s'agit d'une procédure conçue pour engager la responsabilité de l'État en cas de préjudice causé à un national par un fait internationalement illicite.

²³ J. L. Brierly, *The Law of Nations: An introduction to the international Law of Peace*, 6^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1963), Sir H. Waldock (dir. publ.), p. 276 et 277.

²⁴ *Affaire La Grand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 2001, p. 466, par. 76 et 77.

²⁵ *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 2004, p. 12, par. 40.

6) Le projet d'article premier reprend volontairement les termes utilisés dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁶. Il décrit la protection diplomatique comme le fait, pour un État dont un national a été lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État, d'invoquer, pour la mettre en œuvre, la responsabilité de ce dernier. Formulée dans le contexte de la responsabilité de l'État, il s'agit d'une réclamation interétatique, bien qu'elle puisse aboutir à l'affirmation de droits dont jouit le national lésé en vertu du droit international.

7) Le projet d'article premier étant par sa nature une définition, il n'envisage pas d'exceptions. C'est ainsi qu'il n'est pas fait mention des apatrides et des réfugiés visés dans le projet d'article 8. Le projet d'article 3 indique toutefois que la protection diplomatique peut être exercée au profit des apatrides et réfugiés.

8) La protection diplomatique doit être exercée par des moyens licites et pacifiques. Plusieurs décisions judiciaires font une distinction entre «l'action diplomatique» et «l'action judiciaire» pour désigner ce que peut faire l'État qui a recours à la protection diplomatique²⁷. Le projet d'article premier conserve cette distinction, mais va plus loin en englobant l'action judiciaire sous l'expression «d'autres moyens de règlement pacifique». L'«action diplomatique» s'entend de toutes les procédures licites employées par les États pour s'informer mutuellement de leurs vues et préoccupations, y compris la protestation, la demande d'enquête et les négociations visant à régler les différends. L'expression «autres moyens de règlement pacifique» englobe toutes les formes licites de règlement des différends, qui vont de la négociation, la médiation et la conciliation à l'arbitrage et au règlement judiciaire. L'emploi de la force, prohibé par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, est interdit dans l'exercice de la protection diplomatique. La protection diplomatique n'englobe pas les démarches ou autres actions diplomatiques qui ne conduisent pas à l'invocation de la responsabilité en droit d'un autre État, comme par exemple les demandes officieuses de mesures correctives.

²⁶ Voir chapitre premier de la Troisième partie, intitulé «Invocation de la responsabilité de l'État» (art. 42 à 48). La Troisième partie elle-même est intitulée «Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État».

²⁷ *Concessions Mavrommatis en Palestine*, op. cit.; affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, op. cit., p. 16; affaire *Nottebohm*, (*Liechtenstein c. Guatemala*), deuxième phase, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 24.

9) La protection diplomatique peut être exercée par l'action diplomatique ou par d'autres moyens pacifiques de règlement. Elle diffère de l'assistance consulaire en ce qu'elle est exercée par les représentants de l'État agissant dans l'intérêt de l'État en vertu d'une règle du droit international général, alors que l'assistance consulaire est, dans la plupart des cas, apportée par des agents consulaires, qui représentent les intérêts de l'individu et agissent en vertu de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. La protection diplomatique est dans son essence une mesure corrective et conçue pour remédier à un fait internationalement illicite qui a été commis. L'assistance consulaire, quant à elle, est en grande partie préventive et vise principalement à empêcher que le national ne soit victime d'un fait internationalement illicite.

10) Bien qu'en théorie il soit possible de distinguer entre protection diplomatique et assistance consulaire, en pratique cela est difficile. C'est ce qu'illustre l'exigence de l'épuisement des recours internes. À l'évidence, il n'est pas besoin d'épuiser les recours internes dans le contexte de l'assistance consulaire, cette assistance étant fournie avant la commission d'un fait internationalement illicite. Logiquement, comme la protection diplomatique n'est exercée qu'après la commission d'un fait internationalement illicite, les recours internes devraient toujours être épuisés, sous réserve des exceptions décrites dans le projet d'article 15.

11) Dans ces conditions, le projet d'article premier n'essaie pas de distinguer entre protection diplomatique et assistance consulaire. Le projet d'articles prescrit pour l'exercice de la protection diplomatique des conditions qui ne sont pas applicables à l'assistance consulaire. Ceci signifie que dans chaque cas ce sont les circonstances qui déterminent s'il s'agit de la protection diplomatique ou de l'assistance consulaire.

12) Le projet d'article premier précise bien, comme indiqué dans le commentaire général²⁸, que le présent projet d'articles traite uniquement de l'exercice de la protection diplomatique par un État, et non de la protection accordée par les organisations internationales à leurs agents²⁹.

13) La protection diplomatique s'entend surtout de la protection des nationaux qui ne se livrent pas à des activités internationales officielles pour le compte de l'État. Les diplomates et les consuls sont protégés par d'autres règles et instruments du droit international, comme la

²⁸ Voir commentaire général, par. 3.

²⁹ *Réparation des dommages*, C.I.J. Recueil 1949, p. 174.

Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques³⁰ et la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires³¹. Toutefois, lorsque des diplomates ou des consuls subissent un préjudice dans le cadre d'activités qui ne relèvent pas de leurs fonctions, ils sont couverts par les règles relatives à la protection diplomatique, par exemple en cas d'expropriation sans indemnisation de biens qui leur appartiennent en propre dans le pays où ils sont accrédités.

14) Le plus souvent, c'est le lien de nationalité entre l'État et la personne lésée qui motive l'exercice de la protection diplomatique, une question qui est traitée dans les projets d'articles 4 et 9. Le mot «personne», à l'article premier, s'entend aussi bien d'une personne physique que d'une personne morale. Plus loin dans le projet d'articles, une distinction sera opérée entre les règles régissant les personnes physiques et celles qui s'appliquent aux personnes morales et, lorsque c'est nécessaire, les deux notions seront traitées séparément.

Article 2

Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles.

Commentaire

1) Le projet d'article 2 repose sur l'idée que la protection diplomatique implique qu'un État invoque – au niveau interétatique – la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé à un de ses nationaux par un fait internationalement illicite de cet autre État. Il constate que c'est l'État qui engage et exerce la protection diplomatique; et que l'État est l'entité à laquelle le droit de formuler une réclamation appartient. Ceci ne préjuge pas la question de savoir quels droits l'État cherche à faire valoir, son droit propre ou les droits du national lésé au bénéfice duquel il agit. Comme le projet d'article premier³², le projet d'article 2 est neutre sur ce sujet.

2) Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux. Il n'a ni devoir ni obligation de le faire. Si le droit interne d'un État peut l'obliger à exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux, le droit international n'impose pas une

³⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

³¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261.

³² Voir commentaire de l'article premier, par. 3 à 5.

telle obligation. Cela a été clairement énoncé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*:

«[...] dans les limites fixées par le droit international, un État peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international. En vue de défendre leur cause et d'obtenir justice, elles ne peuvent que faire appel au droit interne, si celui-ci leur en offre les moyens [...]. L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce.»³³.

3) De nos jours, certaines législations nationales³⁴ et décisions judiciaires³⁵ accréditent l'idée que l'État a une obligation, aussi limitée soit-elle, en droit interne ou en droit international, de protéger ses nationaux à l'étranger lorsque leurs droits fondamentaux ont été gravement violés. En conséquence, le projet d'article 19 dispose qu'un État habilité à exercer sa protection diplomatique «devrait prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé» (c'est nous qui soulignons). Le pouvoir discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique doit donc s'entendre à la lumière du projet d'article 19, où il est recommandé aux États d'exercer au besoin ce droit.

4) Le projet d'article 2 concerne le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique. Il ne tente pas de décrire l'obligation correspondante de l'État défendeur d'envisager de traiter cet exercice de la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles. Ceci est néanmoins implicite.

³³ Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belgique c. Espagne), deuxième phase, Arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 44.

³⁴ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique, document A/CN.4/506, par. 80 à 87.

³⁵ Affaire *Rudolf Hess* I.L.R., vol. 90, p. 387; *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2003] EWCA Civ. 1598; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa* 2005(4) South (2003) *African Law Reports* 235 (CC), I.L.M., vol. 44, (2005), p. 173.

DEUXIÈME PARTIE

NATIONALITÉ

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3

Protection par l'État de la nationalité

1. L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de la nationalité.
2. Nonobstant le paragraphe 1, la protection diplomatique peut être exercée par un État à l'égard d'une personne qui n'a pas sa nationalité, conformément au projet d'article 8.

Commentaire

- 1) Si le projet d'article 2 énonce le droit discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique, le projet d'article 3 pose en principe que c'est l'État national de la personne lésée qui a le droit, mais n'est pas tenu, d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de cette personne. Dans ce projet d'article, l'accent est mis sur le lien de nationalité entre l'État et l'individu, lien qui habilite l'État à exercer sa protection diplomatique. Ce lien étant différent pour les personnes physiques et pour les personnes morales, des chapitres distincts sont consacrés à ces deux catégories.
- 2) Le paragraphe 2 renvoie à l'exception visée dans le projet d'article 8 qui prévoit l'exercice de la protection diplomatique au bénéfice des apatrides et des réfugiés.

CHAPITRE II

PERSONNES PHYSIQUES

Article 4

État de nationalité d'une personne physique

Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, on entend par État de nationalité un État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance, par succession d'États, par naturalisation, ou de toute autre manière non contraire au droit international.

Commentaire

1) Le projet d'article 4 définit l'État de la nationalité aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques. Cette définition repose sur deux principes: d'une part, qu'il appartient à l'État de la nationalité de déterminer, conformément à son droit interne, qui peut prétendre à sa nationalité, d'autre part, que le droit international impose des limites à l'octroi de la nationalité. Le projet d'article 4 contient aussi une liste non exhaustive des facteurs de rattachement constituant habituellement des motifs valides d'octroi de la nationalité.

2) Le principe qui veut que ce soit à chaque État qu'il appartient de décider conformément à son droit interne qui sont ses nationaux est étayé à la fois par la jurisprudence et par la pratique conventionnelle. En 1923, la Cour permanente de Justice internationale déclarait, en l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc*:

«dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, ... comprises dans le domaine réservé»³⁶.

Ce principe a été confirmé par l'article premier de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité:

«Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux.»³⁷.

Plus récemment, il a été consacré dans la Convention européenne de 1997 sur la nationalité³⁸.

3) La liste des facteurs de rattachement aux fins de l'octroi de la nationalité qui sont énumérés dans le projet d'article 4 a valeur d'illustration et n'est pas exhaustive. Elle contient néanmoins ceux qui sont le plus communément retenus par les États pour octroyer leur nationalité: la naissance (*jus soli*), l'ascendance (*jus sanguinis*) et la naturalisation. Le mariage à un national ne figure pas dans cette liste, car, dans la plupart des cas, le mariage ne suffit pas en lui-même à conférer la nationalité: il faut en plus une courte période de résidence, à l'issue de laquelle la nationalité est conférée par naturalisation. Lorsque le mariage à un national emporte

³⁶ Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc (Zone française), *avis consultatif*, 1923, C.P.J.I. série B n° 4, p. 24.

³⁷ Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 179, p. 89.

³⁸ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2135, p. 213.

automatiquement acquisition par un conjoint de la nationalité de l'autre, des problèmes peuvent se poser quant à la conformité d'une telle acquisition de nationalité au droit international³⁹. La nationalité peut aussi être acquise à la suite d'une succession d'États⁴⁰.

4) Les facteurs de rattachement énumérés dans le projet d'article 4 sont ceux auxquels les États recourent le plus fréquemment pour établir la nationalité. Dans certains pays, où les naissances ne sont pas systématiquement enregistrées, il peut être difficile de prouver la nationalité. En pareils cas, la résidence pourrait être une preuve de la nationalité, encore qu'elle ne puisse pas constituer elle-même un critère de la nationalité. Un État peut toutefois conférer la nationalité aux personnes concernées par voie de naturalisation.

5) À la différence de l'arrêt *Nottebohm*⁴¹, le projet d'article 4 n'exige pas de l'État qu'il prouve l'existence d'un lien effectif entre lui et son national, comme facteur additionnel de l'exercice de la protection diplomatique, même lorsque le national n'a qu'une seule nationalité. Malgré des divergences de vues sur l'interprétation de cet arrêt, la Commission a estimé que certains facteurs limitaient la position adoptée dans l'affaire *Nottebohm* aux faits de cette espèce, en particulier le fait que les liens entre M. Nottebohm et le Liechtenstein (l'État demandeur) étaient «extrêmement ténus»⁴² par rapport à ceux qu'il avait avec le Guatemala (l'État défendeur) depuis plus de 34 ans, ce qui avait amené la Cour à répéter que le Liechtenstein «n'[était] pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala»⁴³. Cela donne

³⁹ Voir, par exemple, l'article 9 1) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, p. 13), et l'article premier de la Convention sur la nationalité de la femme mariée (ibid., vol. 309, p. 65) qui interdit l'acquisition de la nationalité dans de telles circonstances. Voir *infra*, par. 6).

⁴⁰ Voir le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire ... 1999*, vol. II (deuxième partie), par. 47.

⁴¹ Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour internationale de Justice a déclaré: «Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle 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.» (op. cit., p. 23).

⁴² Ibid., p. 25.

⁴³ Ibid., p. 26.

à penser que la Cour n'entendait pas énoncer une règle générale⁴⁴ applicable à tous les États, mais uniquement une règle relative selon laquelle, vu la situation, le Liechtenstein était tenu de démontrer l'existence d'un lien véritable entre lui-même et M. Nottebohm s'il voulait pouvoir prendre fait et cause pour ce dernier contre le Guatemala, pays avec lequel l'intéressé avait des liens extrêmement étroits. De plus, il faut tenir compte du fait que si la condition de l'existence d'un lien effectif posée dans l'arrêt *Nottebohm* était strictement appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, puisque, dans le monde contemporain, sous l'effet de la mondialisation économique et des migrations, ils sont des millions à avoir quitté l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont ils n'ont jamais acquis la nationalité ou à avoir acquis, par leur naissance ou leur ascendance, la nationalité d'États avec lesquels ils ont les liens les plus ténus.

6) Il est indiqué à la fin du projet d'article 4 que l'acquisition de la nationalité ne doit pas être incompatible avec le droit international. Bien que tout État ait le droit de décider qui sont ses nationaux, ce droit n'est pas absolu. La Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité l'avait confirmé, en introduisant à l'article premier, qui stipule qu'«il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux», un tempérament précisant: «cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité»⁴⁵. Aujourd'hui, les conventions, dans le domaine des droits de l'homme en particulier, exigent des États qu'ils respectent les normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité⁴⁶. C'est ainsi que l'article 9, paragraphe 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose:

⁴⁴ C'est ainsi que la Commission de conciliation italo-américaine a interprété l'affaire *Nottebohm* dans l'affaire *Flegenheimer*, I.L.R., vol. 25, 1958, p. 148.

⁴⁵ Voir également l'article 3 2) de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité.

⁴⁶ C'est ce qu'a souligné la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica* (avis consultatif OC-4/84 du 19 janvier 1984, *série A n° 4*), jugeant qu'il était nécessaire de concilier le principe qui veut que l'octroi de la nationalité relève de la juridiction interne d'un État «avec un autre principe selon lequel le droit international assujettit le pouvoir de l'État à certaines limites liées aux exigences imposées par le système international de protection des droits de l'homme», par. 35. Voir également I.L.R., vol. 79, p. 296.

«Les États parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari.»⁴⁷.

7) Le projet d'article 4 reconnaît donc qu'un État à l'encontre duquel une réclamation est formulée pour le compte d'un étranger lésé peut contester la nationalité de l'intéressé si celle-ci a été acquise en violation du droit international. Le projet d'article 4 exige que la nationalité ait été acquise d'une manière «non contraire au droit international». Cette double négation met l'accent sur le fait que c'est à l'État qui conteste la nationalité de la personne lésée qu'il incombe de prouver que celle-ci a été acquise en violation du droit international. La charge de la preuve incombe à l'État qui conteste la nationalité parce que l'on admet qu'il faut laisser à l'État conférant sa nationalité une «marge d'appréciation»⁴⁸ et qu'il existe une présomption en faveur de la validité de l'octroi par un État de sa nationalité⁴⁹.

8) Lorsqu'une personne acquiert une nationalité involontairement et d'une manière incompatible avec le droit international, ou lorsqu'une femme acquiert automatiquement la nationalité de son mari par mariage, elle devrait en principe être autorisée à être diplomatiquement protégée par son État de nationalité antérieur⁵⁰. Par contre, si l'intéressée perd sa nationalité antérieure lorsqu'elle acquiert sa nouvelle nationalité dans de telles circonstances, des considérations d'équité exigent que le nouvel État de nationalité soit habilité à exercer sa protection diplomatique. Ceci serait conforme à ce qu'a décidé la Cour internationale de Justice

⁴⁷ Voir également l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'homme, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, p. 123; l'article 5 d) iii) de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195; et l'article premier de la Convention sur la nationalité de la femme mariée.

⁴⁸ Voir l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica*, par. 62 et 63.

⁴⁹ *Oppenheim's International Law*, R. Y. Jennings et A. Watts (dir. publ.), 9^e éd., (Londres et New York, Longman, 1992), p. 856.

⁵⁰ Voir l'article 2 de la Convention sur la nationalité de la femme mariée.

dans l'avis qu'elle a rendu en 1971 dans l'affaire de la *Namibie*⁵¹, à savoir que les droits d'un individu ne devraient pas être affectés par un acte illicite de l'État auquel l'individu est associé.

Article 5

Continuité de la nationalité d'une personne physique

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates.
2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation mais qui n'avait pas cette nationalité à la date du préjudice, à condition que la personne lésée ait eu la nationalité d'un État prédécesseur ou qu'elle ait perdu sa première nationalité et acquis, pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.
3. Le nouvel État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État de nationalité antérieur de cette personne à raison d'un préjudice subi alors que celle-ci avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.
4. Un État n'est plus en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui, après la date de la présentation officielle de la réclamation, acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite.

Commentaire

1) Bien que la règle de la continuité de la nationalité soit bien établie⁵², elle a été très critiquée⁵³, au motif qu'elle peut donner naissance à des situations très douloureuses lorsqu'un individu change de nationalité pour des raisons sans rapport avec la formulation d'une réclamation diplomatique. Les propositions visant son abandon ont été rejetées de crainte que celui-ci ne donne lieu à des abus et n'incite certaines personnes à rechercher la nationalité la plus

⁵¹ *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, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 56, par. 125.*

⁵² Voir, par exemple, la décision de la Commission américaine des réclamations internationales (1951-1954) dans l'affaire *Kren*, I.L.R., vol. 20, p. 234.

⁵³ Voir les observations de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, p. 101 et 102; voir aussi E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (Paris, P.U.F. 1990).

avantageuse aux fins de la protection diplomatique («*nationality shopping*»)⁵⁴. C'est pourquoi le projet d'article 5 maintient la règle de la continuité de la nationalité, tout en prévoyant des exceptions pour les cas où le résultat de son application serait contraire à l'équité.

2) Le paragraphe 1 énonce le principe traditionnel selon lequel un État est habilité à exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une personne qui avait sa nationalité tant au moment où le préjudice a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation a été officiellement présentée. La pratique des États et la doctrine n'indiquent pas clairement si le national doit conserver la nationalité de l'État qui fait la réclamation entre ces deux dates, en grande partie parce que le problème se pose rarement dans les faits⁵⁵. C'est pour ces raisons que l'Institut de droit international a, en 1965, laissé ouverte la question de savoir si la nationalité doit être continue entre ces deux dates⁵⁶. Il est toutefois incongru d'exiger que la nationalité soit la même à la date du préjudice et à celle de la présentation officielle de la réclamation sans exiger que la nationalité soit continue entre ces deux dates. Ainsi, dans le cadre du développement progressif du droit, la règle a été formulée de telle manière qu'il faut que la personne lésée soit continûment un national de la date du préjudice à la date de la présentation officielle de la réclamation. Vu qu'il est difficile de la prouver, la continuité de la nationalité est présumée si l'intéressé possédait la même nationalité à ces deux dates. La présomption est évidemment réfragable.

3) La première condition est que le national lésé ait été un national de l'État réclamant à la date du préjudice. La date du préjudice n'a pas à être une date précise. Il peut s'agir d'une période si le préjudice résulte de plusieurs faits ou d'un fait continu commis sur une certaine période.

4) La seconde condition temporelle prévue au paragraphe 1 est la date de présentation officielle de la réclamation. La jurisprudence n'est pas uniforme quant à la date jusqu'à laquelle la nationalité de la réclamation doit avoir été continue. Cette incertitude provient en grande partie

⁵⁴ Voir la déclaration du surarbitre Parker dans la *Décision administrative n° V (États-Unis c. Allemagne)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 141 (1925): «Toute autre règle laisserait la porte grand ouverte aux abus et risquerait de faire d'une nation puissante une entité agissant au nom de ceux qui, après avoir subi un préjudice, céderaient leurs réclamations aux nationaux de cet État ou profiteraient de son régime de naturalisation pour lui faire épouser leurs revendications».

⁵⁵ H. Briggs, «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965-I), p. 72 et 73.

⁵⁶ Session de Varsovie, 1965, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965-II), p. 260 à 262.

du fait que les conventions qui ont créé des commissions mixtes des réclamations usent de termes différents pour définir la date de la réclamation⁵⁷. L'expression «présentation de la réclamation» est celle qui est le plus souvent employée dans les traités, les décisions judiciaires et la doctrine pour indiquer la date limite, ou *dies ad quem*, à laquelle la protection diplomatique peut être exercée. Le mot «officielle» a été ajouté pour indiquer que la date de présentation de la réclamation est celle où la première demande officielle ou formelle est faite par l'État exerçant sa protection diplomatique, par opposition aux contacts diplomatiques officieux et demandes informelles de renseignements à ce sujet.

5) Le *dies ad quem* pour l'exercice de la protection diplomatique est la date de présentation officielle de la réclamation. Cependant, l'idée selon laquelle l'intéressé qui changerait de nationalité entre cette date et celle de la sentence arbitrale ou du jugement cesserait d'être un national aux fins de la protection diplomatique a reçu un certain appui⁵⁸. En 2003, dans l'affaire *Loewen Group Inc. v. USA*⁵⁹, un tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a jugé que «la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation, désignée comme *dies a quo*, jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation, désignée comme *dies ad quem*». Dans cette affaire, une personne souhaitant être protégée avait changé sa nationalité pour celle de l'État défendeur après la présentation de la réclamation, circonstances dans lesquelles, comme l'indique clairement le paragraphe 4 du projet d'article 5, une réclamation relevant de la protection diplomatique ne peut évidemment pas être accueillie. Toutefois, la Commission n'était pas prête à suivre le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Loewen* et à adopter une règle générale selon laquelle la nationalité doit être conservée jusqu'à la date du règlement de la réclamation⁶⁰. Une telle règle pourrait être contraire aux intérêts de l'individu car de nombreuses années peuvent s'écouler entre la présentation de la réclamation et son règlement final et il serait injuste de pénaliser l'individu pour avoir changé de nationalité par mariage ou naturalisation

⁵⁷ Voir la déclaration du surarbitre Parker, *Décision administrative n° V (États-Unis c. Allemagne)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 143.

⁵⁸ *Oppenheim's International Law*, R. Y. Jennings et A. Watts (dir. publ.), op. cit, p. 512. Affaire *Eschauzier (Grande-Bretagne c. Mexique)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 207.

⁵⁹ ICSID Reports, vol. 7 (2005), p. 442.

⁶⁰ Pour une critique de la décision *Loewen*, voir J. Paulsson, *Denial of Justice* dans *International Laws* (New York, Cambridge University Press, 2005), p. 183 et 184.

durant cette période. On a donc préféré retenir comme *dies ad quem* la date de la présentation officielle de la réclamation. Cette date est significative puisque c'est la date à laquelle l'État de nationalité manifeste clairement son intention d'exercer sa protection diplomatique – un fait qui était jusqu'alors incertain. De surcroît, c'est la date à laquelle la recevabilité de la réclamation doit être appréciée. Une telle détermination ne peut s'effectuer à la date ultérieure du règlement de la réclamation ou du prononcé de la sentence.

6) Le mot «réclamation», aux paragraphes 1, 2 et 4, vise aussi bien une réclamation présentée par la voie diplomatique qu'une réclamation portée devant une instance judiciaire. Une telle réclamation peut préciser le comportement que doit adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite, si celui-ci continue, et la forme que doit prendre la réparation. Cette question est traitée plus exhaustivement à l'article 43 des articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et dans le commentaire y relatif.

7) La Commission a décidé qu'il fallait conserver la règle de la continuité de la nationalité, mais n'en a pas moins jugé nécessaire de prévoir des exceptions. Le paragraphe 2 dispose donc qu'un État peut exercer sa protection diplomatique au profit d'une personne qui avait sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation, mais non à la date du préjudice, pourvu que trois conditions soient réunies: il faut, premièrement, que la personne sollicitant la protection diplomatique ait eu la nationalité de l'État prédécesseur ou ait perdu sa première nationalité, deuxièmement, qu'elle ait acquis la nationalité d'un autre État pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation et, troisièmement, que l'acquisition de cette nouvelle nationalité se soit effectuée d'une manière non incompatible avec le droit international.

8) Le paragraphe 2 envisage les cas dans lesquels la personne lésée a perdu sa nationalité, volontairement ou involontairement. En cas de succession d'États et, peut-être, d'adoption ou de mariage emportant changement de nationalité, la nationalité sera perdue involontairement. Dans les autres cas de changement de nationalité, l'élément de volonté n'est pas aussi clair. Pour des raisons de ce genre, le paragraphe 2 n'exige pas que la perte de la nationalité soit involontaire.

9) En cas de succession d'États, ce paragraphe se limite à la question de la continuité de la nationalité aux fins de la protection diplomatique. Il ne vise pas à réglementer la nationalité en relation avec la succession, un sujet qui fait l'objet des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États élaborés par la Commission.

10) C'est, on l'a vu⁶¹, la crainte qu'une personne ne change délibérément de nationalité pour acquérir celle d'un État plus désireux ou plus à même de présenter une réclamation diplomatique pour son compte qui est à la base de la règle de la continuité de la nationalité. La deuxième condition prévue au paragraphe 2 tient compte de cette crainte en précisant que la personne au profit de laquelle la protection diplomatique est exercée doit avoir acquis sa nouvelle nationalité pour une raison qui n'a pas de rapport avec la formulation de la réclamation. Cette condition vise à limiter les exceptions à la continuité de la nationalité aux cas d'acquisition obligatoire d'une nationalité, tel celui d'une personne qui a acquis une nouvelle nationalité automatiquement, par exemple par mariage ou adoption ou en raison d'une succession d'États. L'exception prévue au paragraphe 2 ne s'applique pas si l'intéressé a acquis une nouvelle nationalité pour des raisons commerciales liées à la réclamation.

11) La troisième condition qui doit être remplie pour que la règle de la continuité de la nationalité ne s'applique pas est que la nouvelle nationalité ait été acquise d'une manière non contraire au droit international. Cette condition doit être envisagée conjointement avec le projet d'article 4.

12) Le paragraphe 3 ajoute une autre garantie contre les abus de la suspension de la règle de la continuité de la nationalité. La protection diplomatique ne peut être exercée par le nouvel État de nationalité contre un ancien État de nationalité de la personne lésée à raison d'un préjudice subi alors que cette personne avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouveau.

13) Le paragraphe 4 dispose que si une personne au bénéfice de laquelle une réclamation est formulée devient un national de l'État défendeur après la présentation de cette réclamation, l'État demandeur perd son droit de poursuivre la réclamation car dans un tel cas l'État défendeur pourrait être tenu d'indemniser un de ses nationaux. Telle était la situation dans l'affaire *Loewen*

⁶¹ Voir le paragraphe 1 du commentaire relatif au présent projet d'articles.

Group Inc. v. USA et dans un certain nombre d'autres affaires⁶² dans lesquelles il a été jugé qu'un changement de nationalité intervenu après la présentation de la réclamation faisait obstacle à cette dernière. En pratique, dans la plupart des affaires de ce type, l'État demandeur retirera sa réclamation, même si, du point de vue de la fiction proclamée dans l'affaire *Mavrommatis*, la réclamation est celle de l'État et son objet est d'obtenir réparation du préjudice causé à l'État pris en la personne de son national⁶³. L'État demandeur peut aussi décider de retirer sa réclamation si la personne lésée acquiert la nationalité d'un État tiers après la présentation de la réclamation. Si la personne lésée a conservé de mauvaise foi la nationalité de l'État demandeur jusqu'à la date de la présentation et a ultérieurement acquis la nationalité d'un État tiers, l'équité exigerait qu'il soit mis fin à la réclamation, mais la charge de la preuve incombera à l'État défendeur.

14) Le projet d'article 5 laisse ouverte la question de savoir si les héritiers d'un national lésé, dont le décès est une conséquence du préjudice ou intervient après celui-ci mais avant la présentation officielle de la réclamation, peuvent être protégés par l'État de nationalité de la personne lésée s'ils ont la nationalité d'un autre État. La jurisprudence sur le sujet, si elle n'est pas concluante parce que la plupart des décisions concernent l'interprétation de traités particuliers, tend à étayer la position selon laquelle l'État de nationalité du défunt ne peut formuler une réclamation si l'héritier a la nationalité d'un État tiers⁶⁴. Lorsque l'héritier a la nationalité de l'État défendeur il est clair qu'une telle réclamation est impossible⁶⁵. L'idée que lorsque le national lésé décède avant la présentation officielle de la réclamation celle-ci peut être maintenue parce qu'elle a acquis un caractère national recueille un certain appui⁶⁶. Bien que des considérations d'équité puissent sembler soutenir une telle position, elle a parfois été rejetée⁶⁷.

⁶² *Ebenezer Barston* dans G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5 (1943), p. 805; *Executors of F. Lederer* dans *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. 3, p. 763; *Hawaiian Claims* dans F. K. Nielson, *America and British Claims Arbitration* (1926), p. 30; *Chopin, Commission franco-américaine des réclamations; 1880-1884*, vol. 60, *Recueil des réclamations*; et *Gribble*, rapport de Robert S. Hale Esq. [1873, Part II, vol. III], U.S. Foreign Relations 14 (1874).

⁶³ Voir commentaire de l'article premier, par. 3.

⁶⁴ Affaire *Eschauzier*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 207; affaire *Kren*, I.L.R., vol. 20, p. 233; affaire *Gleadell (Grande-Bretagne c. Mexique)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 44; En sens contraire, affaire *Straub*, I.L.R., vol. 20, p. 228.

⁶⁵ Affaire *Stevenson (Grande-Bretagne c. Venezuela)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 494; affaire *Bogovic*, I.L.R., vol. 21, p. 156; affaire *Executeurs de F. Lederer c. Gouvernement allemand*.

⁶⁶ E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, (New York, The Banks Law Publishing Co., 1915), p. 628 et affaire *Straub*.

⁶⁷ Affaire *Eschauzier*, (*Grande-Bretagne c. Mexique*), p. 209.

Ni la doctrine ni la jurisprudence n'étant concluantes, il serait peu judicieux de proposer une règle sur le sujet.

Article 6

Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la 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 dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard de cette personne.

Commentaire

1) La dualité ou la pluralité de nationalités est une réalité de la vie internationale. Un individu peut acquérir plus d'une nationalité par le jeu parallèle des principes du *jus soli* et du *jus sanguinis* ou parce qu'une nationalité lui est conférée par naturalisation ou de toute autre manière envisagée dans le projet d'article 4 sans l'obliger à renoncer à sa nationalité antérieure. Bien que la législation de certains États n'autorise pas les nationaux de ces États à être des nationaux d'autres États, le droit international n'interdit pas la dualité ou la pluralité de nationalités: de fait, ce phénomène a été avalisé par l'article 3 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, qui dispose:

«... Un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourrait être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant.»

Il est donc nécessaire de traiter la question de l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité au bénéfice d'un national ayant une nationalité double ou multiple. Le projet d'article 6 vise l'exercice de la protection diplomatique par l'un des États ou tous les États dont la personne ayant subi un préjudice est le national à l'encontre seulement d'un État dont cette personne n'a pas la nationalité. L'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité à l'encontre d'un autre État de nationalité est envisagé dans le projet d'article 7.

2) Le paragraphe 1 autorise un État de nationalité à exercer sa protection diplomatique au profit de son national même lorsque l'intéressé a la nationalité d'un ou de plusieurs autres États.

Suivant en cela le projet d'article 4, il n'exige pas de lien effectif entre le national et l'État exerçant sa protection diplomatique.

3) Bien que certains veuillent faire de l'existence d'un lien effectif entre l'État de la nationalité et son national qui a une ou plusieurs autres nationalités une condition de l'exercice de la protection diplomatique à l'encontre d'un État dont l'intéressé n'a pas la nationalité, ni les décisions arbitrales⁶⁸ ni les textes de codification⁶⁹ n'exigent dans l'ensemble une telle condition. Dans l'affaire *Salem*, le tribunal arbitral avait conclu que l'Égypte ne pouvait pas opposer à une réclamation des États-Unis, dont la personne lésée avait aussi la nationalité, le fait que l'intéressé avait pour nationalité effective la nationalité persane, en ces termes:

«la règle du droit international veut que, dans les cas de double nationalité, une puissance tierce ne soit pas habilitée à contester la réclamation de l'une des puissances dont l'intéressé a la nationalité en invoquant la nationalité de l'autre puissance»⁷⁰.

Cette règle a été suivie dans d'autres affaires⁷¹ et a été confirmée plus récemment par le Tribunal des différends irano-américains⁷². La décision de la Commission de ne pas exiger de lien effectif en pareilles circonstances est logique. À la différence de la situation dans laquelle un État de nationalité présente une réclamation à un autre État de nationalité pour un double national, il n'y a pas de conflit au sujet de la nationalité lorsqu'un État de nationalité cherche à protéger un double national contre un État tiers.

⁶⁸ Voir la décision du Tribunal arbitral mixte yougoslavo-hongrois dans l'affaire *de Born*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925-1926, affaire n° 205 du 12 juillet 1926.

⁶⁹ Voir l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité; la résolution sur «*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu*», adoptée par l'Institut de droit international à la session qu'il a tenue à Varsovie en 1965, *Résolutions de l'Institut de droit international, 1957-1991* (1992), p. 56 (art. 4 b)); le projet de Convention de Harvard relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, 1960 (art. 23 3), dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, «Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens», *A.J.I.L.*, vol. 55, 1961, p. 548; Garcia Amador, troisième rapport sur la responsabilité des États, dans *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 64, A/CN.4/111 (art. 21 3)).

⁷⁰ Sentence du 8 juin 1932, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1188.

⁷¹ Voir les décisions de la Commission de conciliation Italie-États-Unis dans les affaires *Mergé* du 10 juin 1955, I.L.R., vol. 22, 1955, p. 456; *Vereano*, décision n° 172, du 17 mai 1957, *ibid.*, vol. 24, 1957, p. 464 et 465; et *Stankovic* du 26 juillet 1963, *ibid.*, vol. 40, 1963, p. 155.

⁷² Voir *Dallal c. Iran*, *Iran-U.S.C.T.R.*, vol. 3, 1983, p. 23.

4) En principe, il n'y a aucune raison pour que deux États de nationalité ne puissent pas exercer conjointement un droit que chacun d'eux possède. Le paragraphe 2 admet donc que deux ou plusieurs États de nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique au profit d'une personne qui a une double nationalité ou une pluralité de nationalités à l'encontre d'un État dont cette personne n'a pas la nationalité. Alors que l'État responsable ne peut rien opposer à une telle réclamation présentée par deux États ou plus agissant simultanément et de concert, il peut en revanche formuler des objections lorsque les États en question présentent des réclamations distinctes devant le même organe ou des organes différents, ou lorsqu'un État de nationalité présente une réclamation après qu'un autre État de nationalité a déjà obtenu satisfaction pour cette réclamation. Des problèmes peuvent se poser lorsqu'un État de nationalité renonce à son droit d'exercer la protection diplomatique alors qu'un autre État de nationalité poursuit sa réclamation. Il est difficile de codifier des règles régissant des situations aussi variées. Celles-ci doivent être réglées conformément aux principes généraux du droit reconnus par les tribunaux nationaux et internationaux concernant la satisfaction des réclamations conjointes.

Article 7

Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité

Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier État en question, tant à la date du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

Commentaire

1) Le projet d'article 7 vise l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité contre un autre État de nationalité. Tandis que le projet d'article 6, qui concerne une réclamation au profit d'une personne ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités contre un État dont elle n'a pas la nationalité, n'exige pas de lien effectif entre l'État réclamant et le national, le projet d'article 7 exige de l'État réclamant qu'il démontre que sa nationalité est prépondérante tant au moment de la survenance du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

2) Dans le passé, la règle de non-responsabilité, qui interdisait à un État de nationalité de présenter une réclamation pour le compte d'un double national contre l'autre État de nationalité, bénéficiait d'un large appui. La Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité proclame à l'article 4:

«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.»⁷³.

On retrouve dans des projets de codification ultérieurs une approche analogue⁷⁴, et cette position a aussi été affirmée dans des sentences arbitrales⁷⁵. Dans son avis consultatif rendu en 1949 dans l'affaire de la *Réparation des dommages*, la Cour internationale de Justice qualifiait de «courante» la pratique des États consistant à ne pas protéger leurs nationaux contre un autre État de nationalité⁷⁶.

3) Toutefois, dès avant 1930, il y avait eu des sentences arbitrales défendant une autre position, à savoir que l'État de la nationalité dominante ou effective pouvait présenter une réclamation au profit d'un national à l'encontre d'un autre État de nationalité⁷⁷. Cette jurisprudence

⁷³ Voir également l'article 16 a) du projet de Convention de Harvard de 1929 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, *A.J.I.L.*, vol. 23, Supplément spécial 1929, p. 133 à 135.

⁷⁴ Voir l'article 23 5) du projet de Convention de Harvard de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, *ibid.*, vol. 55, 1961, p. 548; et l'article 4 a) de la résolution sur «*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu*», adoptée par l'Institut de droit international à la session qu'il a tenue en 1965 à Varsovie.

⁷⁵ Voir l'affaire *Alexander* (1898), Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, p. 2529 (Commission des réclamations américano-britannique); affaire *Oldenbourg*, décisions et avis des Commissaires, 5 octobre 1929 au 15 février 1930, p. 97, affaire *Honey*, Autres décisions et avis des Commissaires, postérieurement au 15 février 1930, p. 13 (Commission des réclamations anglo-mexicaine), citation dans Z. R. Rode, «Dual Nationals and the Doctrine of Dominant Nationality», *A.J.I.L.*, vol. 53 (1959), p. 140 et 141; affaire *Adams et Blackmore*, décision n° 64 du 3 juillet 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 216 et 217 (Commission des réclamations anglo-mexicaine).

⁷⁶ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 186.

⁷⁷ Affaire *James Louis Drummond 2 Knapp*, P.C. Rep., p. 295, 12 Eng. Rep., p. 492; affaires *Brignone, Milani, Stevenson et Mathinson* (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Venezuela), dans Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 710, 754 à 761, 438 à 455 et 429 à 438, respectivement; affaire *Carnevaro* (Cour permanente d'arbitrage, 1912), dans Scott, *The Hague Court Reports*, vol. 1, p. 284; affaire *Hein*, des 26 avril et 10 mai 1922 (Tribunal arbitral mixte anglo-allemand), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 1, 1919-1922, affaire n° 148, p. 216; affaire *Blumenthal* (Tribunal mixte franco-allemand), *Recueil des décisions des tribunaux mixtes*, vol. 3 (1924), p. 616; affaire *de Montfort*, du 10 juillet 1926 (Tribunal mixte franco-allemand), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925-1926, affaire n° 206, p. 279; affaire *Pinson* (Commission mixte des réclamations France-Mexique), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 4, 1927-1928, affaires n°s 194 et 195, du 19 octobre 1928, p. 297 à 301; affaire *Tellech* du 25 mai 1928

devait inspirer la Cour internationale de Justice, dans un autre contexte, en l'affaire *Nottebohm*⁷⁸, et elle fut expressément approuvée en 1955 par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, en ces termes:

«Le principe, fondé sur l'égalité souveraine des États, qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité doit céder le pas devant le principe de la nationalité effective lorsque celle-ci est celle de l'État demandeur. Il n'en va pas de même lorsque cette prépondérance n'est pas établie, car le premier est un principe généralement reconnu, qui peut servir, dans la pratique, à éliminer toute incertitude éventuelle.»⁷⁹.

Dans son avis, la Commission de conciliation estimait que le principe de la nationalité effective et la notion de nationalité dominante n'étaient que les deux faces d'une même médaille. Par la suite, elle allait appliquer la règle ainsi adoptée dans plus de 50 affaires concernant des doubles nationaux⁸⁰. Se fondant sur ces affaires, le Tribunal des réclamations irano-américain a appliqué le principe de la nationalité dominante et effective dans plusieurs affaires⁸¹. Les projets de codification récents ont avalisé cette approche. Dans son troisième rapport à la Commission sur la responsabilité des États, Garcia Amador proposait la disposition suivante:

(Commission tripartite des réclamations États-Unis d'Amérique, Autriche et Hongrie), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 248.

⁷⁸ *C.I.J. Recueil 1955*, p. 22 et 23. L'affaire *Nottebohm* ne concernait pas la double nationalité mais la Cour a trouvé dans des affaires dans lesquelles l'intéressé avait la double nationalité un appui pour sa conclusion selon laquelle *Nottebohm* n'avait pas de lien effectif avec le Liechtenstein. Voir aussi les décisions judiciaires citées ci-dessus à la note 65.

⁷⁹ I.L.R., vol. 22, 1955, p. 455, par. V.5. Voir aussi l'affaire *de Leon* n^{os} 218 et 227 des 15 mai 1962 et 8 avril 1963, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI, p. 247.

⁸⁰ Voir, par exemple, affaire *Spaulding*, décision n^o 149, I.L.R., vol. 24, 1957, p. 452; affaire *Zangrilli* du 21 décembre 1956, *ibid.*, vol. 24, 1957, p. 454; affaire *Cestra*, décision n^o 165 du 28 février 1957, *ibid.*, vol. 24, 1956, p. 454; affaire *Puccini*, décision n^o 173 du 17 mai 1957, *ibid.*, vol. 24, 1957, p. 454; affaire de la *Succession Salvoni*, décision n^o 169 du 9 mai 1957, *ibid.*, vol. 24, 1957, p. 455; affaire *Ruspoli*, décision n^o 170 du 15 mai 1957, *ibid.*, vol. 24, 1957, p. 457; affaire *Ganapini*, décision n^o 196 du 30 avril 1959, *ibid.*, vol. 30, 1959, p. 366; affaire *Turri*, décision n^o 209 du 14 juin 1960, *ibid.*, vol. 30, 1960, p. 371; affaire *Graniero*, décision n^o 186 du 20 janvier 1959, *ibid.*, vol. 30, 1959, p. 451; affaire *Di Cicio*, décision n^o 226 du 9 novembre 1962, *ibid.*, vol. 40, 1962, p. 148.

⁸¹ Voir, en particulier, *Esphahanian v. Bank Tejarat, Iran-U.S.C.T.R.*, vol. 2, 1983, p. 166; affaire n^o A/18, *ibid.*, vol. 5, 1984, p. 251; *Ataollah Golpira v. Government of the Islamic Republic of Iran*, *ibid.*, vol. 2, 1983, p. 174 et I.L.R., vol. 72, p. 493.

«En cas de nationalité double ou multiple, le droit de présenter une réclamation internationale ne peut être exercé que par l'État avec lequel le ressortissant étranger a les liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus authentiques.»⁸².

Orrego Vicuña avançait un point de vue analogue dans son rapport présenté en 2000 à l'Association de droit international⁸³.

4) Bien que les deux notions diffèrent, la doctrine utilise indifféremment le terme «effectif» ou «dominant» pour décrire le lien requis entre l'État qui présente la réclamation et son national dans les cas où cette réclamation vise un autre État de nationalité. Aucun de ces deux termes n'est employé dans le projet d'article 7 pour qualifier le lien requis, et on leur a préféré «prépondérant» (predominant en anglais), qui traduit l'élément de relativité et indique que l'individu a des liens plus forts avec un État qu'avec l'autre. Le tribunal qui examine la question doit mettre en balance le poids des nationalités concurrentes, opération dont l'essence est plus exactement rendue par l'adjectif «prépondérante» que par «effective» ou «dominante». C'est en outre le terme employé par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, qui peut être considérée comme le point de départ du développement de la règle coutumière actuelle⁸⁴.

5) Le but n'est pas ici de décrire les facteurs à prendre en considération pour décider quelle est la nationalité prépondérante. Selon la jurisprudence, ces facteurs comprennent: la résidence habituelle, le temps passé dans chaque pays de nationalité, la date de naturalisation (c'est-à-dire le temps pendant lequel l'intéressé a été un national de l'État qui exerce sa protection avant que la réclamation soit présentée); le lieu et la langue d'enseignement et l'enseignement suivi; l'emploi et les intérêts financiers; le lieu de la vie familiale; les liens familiaux dans chaque pays; la participation à la vie publique et sociale; l'utilisation de la langue; l'imposition, les comptes en banque, la sécurité sociale; les visites à l'autre État de nationalité; la possession et l'usage d'un passeport de l'autre État; le service militaire. Aucun de ces facteurs n'est décisif, et le poids attribué à chacun d'eux variera selon les circonstances de chaque espèce.

⁸² Document A/CN.4/111, dans *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 64, projet d'article 21, par. 4.

⁸³ «Interim Report on the "The Changing Law of Nationality of Claims"» dans *Association de droit international, Rapport de la soixante-neuvième Conférence*, 2000, p. 646, par. 11; confirmé dans le rapport final adopté par la Conférence de l'ADI tenue en 2006 à Toronto.

⁸⁴ I.L.R., vol. 22, 1955, p. 455.

6) Le projet d'article 7 est rédigé sous la forme d'une phrase négative: «Un État de nationalité *ne peut* exercer la protection diplomatique ... *à moins que*» sa nationalité ne soit prépondérante. Il s'agit de montrer que les circonstances envisagées dans le projet d'article 7 doivent être considérées comme exceptionnelles. Cela indique aussi que la charge de la preuve incombe à l'État réclamar, qui doit prouver que sa nationalité est prépondérante.

7) La principale objection à une réclamation présentée par un État de nationalité à l'encontre d'un autre État de nationalité est qu'elle risque de permettre à un État avec lequel l'individu a établi une nationalité prépondérante après qu'un préjudice lui a été causé par l'autre État de nationalité de présenter une réclamation à ce dernier État. Cette objection est écartée par la condition qui veut que la nationalité de l'État réclamar soit prépondérante tant à la date du préjudice qu'à celle de la présentation officielle de la réclamation. Bien que cette condition fasse écho au principe affirmé au paragraphe 1 du projet d'article 5 sur la continuité de la nationalité, il n'est pas nécessaire dans ce cas de prouver que la nationalité prépondérante a été continue entre ces deux dates. Les expressions «à la date du préjudice» et «à la date de la présentation officielle de la réclamation» sont expliquées dans le commentaire dudit projet d'article. L'exception à la règle de la continuité de la nationalité figurant au paragraphe 2 du projet d'article 5 ne s'applique pas ici, car la personne lésée envisagée dans le projet d'article 7 n'a pas perdu sa nationalité.

Article 8

Apatrides et réfugiés

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, à la date du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.
2. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié, conformément aux critères internationalement acceptés, si cette personne, à la date du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.
3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un préjudice dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de nationalité du réfugié.

Commentaire

1) La règle générale était qu'un État ne pouvait exercer sa protection diplomatique qu'à l'égard de ses nationaux. En 1931, la Commission américano-mexicaine des réclamations avait

jugé, dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States*, que les apatrides ne pouvaient pas bénéficier de la protection diplomatique, en disant:

«Un État ... n'est pas en défaut sur le plan international lorsqu'il porte préjudice à un individu sans nationalité et, en conséquence, aucun État n'a le pouvoir d'intervenir ou de présenter une réclamation au nom dudit individu, que ce soit avant ou après le dommage.»⁸⁵.

Cette conclusion ne correspond plus à la position actuelle du droit international, que ce soit pour les apatrides ou pour les réfugiés. Le droit international contemporain traduit l'intérêt porté au statut de ces deux catégories de personnes, comme en témoigne l'existence de conventions telles que la Convention sur la réduction des cas d'apatridie (1961)⁸⁶ et la Convention relative au statut des réfugiés (1951)⁸⁷.

2) Le projet d'article 8, qui relève du développement progressif du droit⁸⁸, s'écarte de la règle traditionnelle, laquelle réserve aux seuls nationaux le bénéfice de la protection diplomatique et permet aux États d'exercer leur protection diplomatique à l'égard de non-nationaux s'il s'agit d'apatrides ou de réfugiés. Bien que le projet d'article 8 doive être examiné dans le cadre des règles applicables aux apatrides et aux réfugiés, on ne tente pas de s'y prononcer sur le statut de ces personnes. On ne s'intéresse dans cet article qu'à la question de l'exercice de la protection diplomatique à leur égard.

3) Le paragraphe 1 porte sur la protection diplomatique des apatrides, sans toutefois définir cette catégorie de personnes. On en trouve la définition dans la Convention de 1954 relative au statut des apatrides⁸⁹, selon laquelle ce terme désigne «une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation»⁹⁰. Cette définition peut sans nul doute

⁸⁵ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 678.

⁸⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 989, p. 175.

⁸⁷ Nations Unies, *ibid.*, vol. 189, p. 151.

⁸⁸ Dans l'affaire *Al Rawi & Others, R (on the Application of) v. Secretary of State for Foreign Affairs and Another* [2006] EWHC (Admin), une juridiction anglaise a estimé que le projet d'article 8 devait être considéré comme *lex ferenda* et «ne faisant pas encore partie du droit international» (par. 63).

⁸⁹ Nations Unies, *ibid.*, vol. 360, p. 117.

⁹⁰ Art. premier.

être considérée comme ayant acquis une valeur coutumière. Un État peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une telle personne, quelles que soient les circonstances dans lesquelles celle-ci est devenue apatride, pourvu qu'elle réside légalement et habituellement sur le territoire de cet État, tant au moment où le préjudice s'est produit qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée. Dans ce contexte, la notion de résidence habituelle exprime celle de résidence continue.

- 4) L'exigence de la résidence à la fois légale et habituelle place la barre assez haut⁹¹. Quelques membres de la Commission considéraient que ce seuil était trop élevé et pouvait conduire pour les intéressés à une absence de protection effective, mais la majorité a estimé que la conjonction du caractère légal et du caractère habituel de la résidence se justifiait dans le cas d'une mesure exceptionnelle introduite *de lege ferenda*.
- 5) Le critère temporel prévu à l'article 5 figure au paragraphe 1. L'apatride doit résider légalement et habituellement sur le territoire de l'État réclamant tant au moment de la survenance du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.
- 6) Le paragraphe 2 prévoit la protection diplomatique des réfugiés par l'État de résidence. La protection diplomatique par l'État de résidence est particulièrement importante dans le cas du réfugié, puisque celui-ci «ne peut ou ... ne veut se réclamer de la protection de [l'État dont il a la nationalité]»⁹² et que, s'il le fait, il court le risque de perdre son statut de réfugié dans l'État de résidence. Le libellé du paragraphe 2 suit celui du paragraphe 1. Les différences importantes qui existent entre les apatrides et les réfugiés, comme il ressort du paragraphe 3, expliquent la décision de la Commission de consacrer un paragraphe distinct à chaque catégorie.
- 7) Le critère de la résidence légale et habituelle est une condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique à l'égard des réfugiés, comme des apatrides⁹³, bien que l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés mette la barre moins haut, en faisant obligation

⁹¹ Elle repose sur l'article 6, par. 4 g), de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité, où les termes «résident légalement et habituellement» sont employés à propos de l'acquisition de la nationalité. Voir aussi le projet de Convention de Harvard de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, qui retient au nombre des personnes bénéficiant de la protection en vertu de la Convention «les apatrides ayant leur résidence habituelle dans cet État» (art. 21 3) c)).

⁹² Convention relative au statut des réfugiés, art. 1^{er}, sect. A.2.

⁹³ Dans ce contexte, «résidence habituelle» signifie «résidence continue».

aux États contractants de délivrer des documents de voyage aux réfugiés qui résident régulièrement sur leur territoire⁹⁴. Deux facteurs justifient cette position: premièrement, le fait qu'aux termes de la Convention la délivrance de documents de voyage ne donne en aucun cas au porteur un droit à la protection diplomatique⁹⁵; deuxièmement, la nécessité de fixer la barre assez haut lorsqu'on s'écarte *de lege ferenda* de la règle traditionnelle⁹⁶.

8) Le terme «réfugié», au paragraphe 2, ne vise pas seulement les réfugiés au sens de la définition qu'en donnent la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son Protocole de 1967, mais désigne aussi des personnes qui ne répondent pas strictement à cette définition. La Commission a envisagé d'employer l'expression «réfugiés reconnus», qui figure dans la Convention européenne de 1997 sur la nationalité⁹⁷, et qui aurait élargi la notion pour y englober les réfugiés auxquels cette qualité est reconnue par des instruments régionaux tels que la Convention de 1969 de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique⁹⁸, laquelle est communément considérée comme un modèle en matière de protection internationale des réfugiés⁹⁹, et la Déclaration de Cartagena de 1984 sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, adoptée en 1985 par l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains¹⁰⁰. Cependant, la Commission a préféré ne pas fixer de limites, afin qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique à l'égard de toute personne qu'il considère et traite comme un réfugié¹⁰¹. Cela étant, ce traitement doit être fondé sur

⁹⁴ Il ressort clairement des travaux préparatoires de la Convention que le critère du séjour (stay) est moins strict que celui de la résidence habituelle.

⁹⁵ Voir le paragraphe 16 de l'annexe de la Convention.

⁹⁶ Voir le paragraphe 4 du commentaire relatif au présent projet d'article.

⁹⁷ Art. 6 4) g).

⁹⁸ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, p. 45. Cette convention étend la définition du réfugié à «toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité».

⁹⁹ Note sur la protection internationale présentée par le Haut-Commissaire pour les réfugiés, document A/AC.96/830, p. 20, par. 35.

¹⁰⁰ OEA, Assemblée générale, quinzième session ordinaire (1985).

¹⁰¹ Ainsi, par exemple, un État pourrait exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle l'asile politique aurait été octroyé aux termes de la Convention sur l'asile territorial de Caracas (1954), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, p. 129.

des «critères internationalement acceptés» régissant la reconnaissance des réfugiés. Cette expression souligne que ce sont les normes expliquées dans différentes conventions et autres instruments internationaux qui doivent s'appliquer ainsi que les règles juridiques qui figurent dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son Protocole de 1967.

9) Le critère temporel applicable à la présentation d'une réclamation est ici répété au paragraphe 2. Le réfugié doit résider légalement et habituellement dans l'État réclamant tant au moment où le préjudice est causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

10) Le paragraphe 3 stipule que l'État d'accueil ne peut pas exercer sa protection diplomatique en faveur d'un réfugié contre l'État de nationalité de ce dernier. Le lui permettre aurait été en contradiction avec le raisonnement qui sous-tend le présent projet d'articles, à savoir que la nationalité est le critère prépondérant pour l'exercice de la protection diplomatique. Ce paragraphe répond également à des considérations pratiques. La plupart des réfugiés ont à se plaindre du traitement que leur a réservé leur État national, qu'ils ont fui pour échapper à des persécutions. Autoriser l'exercice de la protection diplomatique en pareils cas reviendrait à ouvrir la porte à d'innombrables réclamations internationales. De plus, la crainte que les réfugiés ne les pressent d'intenter une action en leur nom risquerait de dissuader les États d'accepter des réfugiés sur leur territoire.

11) Tant le paragraphe 1 que le paragraphe 2 disposent que l'État d'accueil «*peut* exercer la protection diplomatique». L'emploi de cet auxiliaire souligne le caractère discrétionnaire de ce droit. Au regard du droit international, les États ont le pouvoir discrétionnaire d'exercer ou non leur protection diplomatique à l'égard de leurs nationaux¹⁰². A fortiori, ce pouvoir discrétionnaire existe lorsqu'il s'agit d'exercer leur protection à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié.

12) Le projet d'article 8 porte uniquement sur la protection diplomatique des apatrides et des réfugiés, et *non* sur l'octroi de la nationalité à ces catégories de personnes. L'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié ne peut ni ne devrait être considéré comme faisant naître une attente légitime d'octroi de la nationalité. Il ressort

¹⁰² Voir les projets d'articles 2 et 19 et les commentaires y relatifs.

clairement de l'article 28 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, lu conjointement avec le paragraphe 15 de son annexe, que la délivrance d'un document de voyage à un réfugié est sans incidence sur la nationalité du porteur. A fortiori, l'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un réfugié ou d'un apatride ne devrait aucunement être interprété comme ayant une incidence sur la nationalité de la personne protégée.

CHAPITRE III

PERSONNES MORALES

Article 9

État de nationalité d'une société

Aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre État ou d'autres États et n'exerce pas d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre État, ce dernier est considéré comme l'État de nationalité.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 9 admet que la protection diplomatique puisse être étendue aux sociétés. Le début du texte reprend la formule du projet d'article 4 relative à la protection diplomatique des personnes physiques. Il ressort clairement de l'ensemble de l'article que pour avoir la qualité d'État de nationalité aux fins de la protection diplomatique d'une société, il faut réunir certaines conditions, comme il en va dans le cas de la protection diplomatique des personnes physiques.
- 2) La pratique des États est axée surtout sur la protection diplomatique des sociétés, c'est-à-dire d'entreprises à but lucratif ayant la forme de sociétés dont le capital est généralement constitué d'actions, et non d'autres personnes morales. C'est ce qui explique pourquoi le présent article, de même que les suivants, porte sur la protection diplomatique des sociétés et des actionnaires. Le projet d'article 13 est consacré à la situation des personnes morales autres que ces sociétés.

3) Comme pour les personnes physiques, l'octroi de la nationalité à une société est «compris dans le domaine réservé»¹⁰³ d'un État. Suivant le dictum de la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Barcelona Traction*:

«... le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les États en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des États qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles.»¹⁰⁴.

Bien que le droit international n'ait pas de règles propres concernant la création, la gestion et la dissolution d'une société ou concernant les droits des actionnaires et leur relation avec la société, et doive donc se guider sur le droit interne en la matière, c'est au droit international qu'il appartient de déterminer les circonstances dans lesquelles un État peut exercer la protection diplomatique au nom d'une société ou de ses actionnaires. Cette question a été traitée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* lorsqu'elle a déclaré que le droit international «attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège»¹⁰⁵. En l'espèce, la Cour a posé deux conditions à l'acquisition de la nationalité par une société aux fins de la protection diplomatique: constitution de la société et présence de son siège dans l'État où elle a été constituée. Comme les lois de la plupart des États exigent que les sociétés constituées sous sa loi aient un siège sur le territoire de l'État considéré – même si ce n'est qu'une fiction –, la constitution est le critère le plus important aux fins de la protection diplomatique. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, cependant, la Cour n'a pas jugé suffisant le seul critère de l'incorporation pour ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique. Bien qu'elle n'ait pas réaffirmé le critère du «lien de rattachement effectif» tel qu'appliqué dans l'affaire *Nottebohm*¹⁰⁶ et ait reconnu que, «sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun

¹⁰³ Affaire des *Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc*.

¹⁰⁴ *Affaire de la Barcelona Traction*, p. 34 et 35, par. 38.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 42, par. 70.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 42, par. 70. Affaire *Nottebohm*.

critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale»¹⁰⁷, elle a estimé qu'outre les critères de la constitution et du siège social statutaire il fallait qu'il y ait un «lien étroit et permanent» entre l'État exerçant la protection diplomatique et la société¹⁰⁸. Dans cette affaire, la Cour a constaté l'existence d'un tel lien dans le fait que la société était restée constituée au Canada pendant plus de 50 ans, qu'elle avait conservé au Canada son siège statutaire, sa comptabilité et le registre de ses actionnaires, que des réunions de son conseil d'administration s'y étaient tenues pendant de nombreuses années, que la société figurait dans les dossiers du fisc canadien et que la nationalité canadienne de la société était généralement reconnue par d'autres États¹⁰⁹. Tout ceci signifiait, a dit la Cour, que «les rapports entre la *Barcelona Traction* et le Canada étaient donc multiples»¹¹⁰. En l'espèce, la Cour n'avait pas affaire à une situation dans laquelle une société s'était constituée dans un État mais avait un «lien étroit et permanent» avec un autre État. On ne peut que spéculer sur ce que la Cour pourrait avoir décidé en pareil cas. Le projet d'article 9 prévoit cependant ce type de situation.

4) Le projet d'article 9 accepte le principe fondamental de l'arrêt *Barcelona Traction* selon lequel c'est la constitution qui confère la nationalité à une société aux fins de la protection diplomatique. Il prévoit cependant une exception dans le cas particulier où il n'existe pas d'autre lien ou élément de rattachement substantiel entre l'État où elle est constituée et la société elle-même, et où il existe certains éléments de rattachement substantiels avec un autre État, auquel cas c'est ce dernier qui doit être réputé être l'État de nationalité aux fins de la protection diplomatique. La sagesse et l'équité imposent une telle solution. Il serait erroné de conférer uniquement et exclusivement le droit d'exercer la protection diplomatique à un État avec lequel la société n'a qu'un lien de rattachement extrêmement ténu car, dans la pratique, un tel État sera rarement disposé à protéger une telle société.

5) Le projet d'article 9 stipule que c'est en premier lieu l'État dans lequel une société est constituée qui est l'État de nationalité habilité à exercer la protection diplomatique. Lorsque, toutefois, les circonstances indiquent que la société est plus étroitement rattachée à un autre État,

¹⁰⁷ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 42, par. 70.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 42, par. 71.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 42 et 43, par. 71 à 76.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 42, par. 71.

un État dans lequel se trouve son siège social réel et où s'exerce son contrôle financier, cet État sera considéré comme l'État de nationalité ayant le droit d'exercer la protection diplomatique. Certaines conditions doivent cependant être remplies pour cela. Premièrement, la société doit être contrôlée par des nationaux d'un autre État. Deuxièmement, elle ne doit pas exercer d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée. Troisièmement, le siège réel et le contrôle financier de cette société doivent être tous deux situés dans un autre État. Ce n'est que lorsque ces conditions sont cumulativement remplies que l'État dans lequel la société a son siège et dans lequel elle est financièrement contrôlée peut être considéré comme l'État de nationalité aux fins de la protection diplomatique.

6) Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a mis en garde contre le fait que l'octroi du droit de protection diplomatique aux États de nationalité des actionnaires risquait d'entraîner de nombreuses actions en justice qui «pourraient créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales»¹¹¹. Le fait d'octroyer le droit d'exercer la protection diplomatique à plusieurs États avec lesquels une société aurait un lien ou auxquels elle serait rattachée pourrait entraîner la même confusion. Le projet d'article 9 n'autorise pas ces actions multiples. L'État de nationalité ayant le droit d'exercer la protection diplomatique est soit l'État où la société est constituée, soit, si les conditions requises sont remplies, l'État où est situé le siège réel et le contrôle financier de la société. Si le siège réel et le lieu où s'exerce le contrôle financier sont situés dans des États différents, l'État où la société est constituée demeure l'État habilité à exercer la protection diplomatique.

Article 10

Continuité de la nationalité d'une société

1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité, ou la nationalité d'un État prédécesseur, de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates.
2. Un État n'est plus en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite après la présentation de ladite réclamation.

¹¹¹ Ibid., p. 49, par. 96.

3. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité à la date du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle avait été constituée.

Commentaire

1) Les principes généraux relatifs à la condition de continuité de la nationalité ont été analysés dans le commentaire du projet d'article 5. En pratique, la continuité de la nationalité soulève moins de problèmes dans le cas des sociétés que dans celui des personnes physiques. Alors que ces dernières changent aisément de nationalité par suite de naturalisation, de mariage ou d'adoption et de succession d'États, les sociétés ne changent généralement de nationalité qu'en étant formées ou constituées à nouveau dans un autre État, auquel cas elles acquièrent une nouvelle personnalité, rompant ainsi avec la continuité de leur nationalité¹¹². Le cas le plus fréquent où une société peut changer de nationalité sans changer de personnalité morale, c'est celui de la succession d'États.

2) Le paragraphe 1 affirme le principe traditionnel qui veut qu'un État soit en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société ayant sa nationalité tant au moment du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. Il prescrit aussi la continuité de la nationalité de la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. Ces prescriptions, qui s'appliquent aux personnes physiques également, sont examinées dans le commentaire du projet d'article 5. La date de la présentation officielle de la réclamation est préférée à la date de la décision la concernant pour les raisons expliquées dans le commentaire du projet d'article 5. Une exception est cependant prévue au paragraphe 2 pour couvrir les cas dans lesquels la société acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite après la présentation de ladite réclamation.

¹¹² Voir Commission mixte des réclamations États-Unis-Venezuela créée en vertu du Protocole du 17 février 1903, affaire *Orinoco Steamship Company*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 180. Dans cette affaire, une société constituée au Royaume-Uni avait cédé sa réclamation contre le Gouvernement vénézuélien à une société constituée aux États-Unis qui lui avait succédé. Comme le traité créant la Commission autorisait les États-Unis à présenter une réclamation au nom de leurs nationaux en pareille circonstance, la réclamation fut admise. Toutefois, le surarbitre Barge dit clairement que, sans le traité, elle n'aurait pas été permise; *ibid.*, p. 192. Voir aussi *Loewen Group Inc v. USA*, par. 220.

- 3) La prescription de la continuité de la nationalité est remplie lorsqu'une société change de nationalité par suite d'une succession d'États¹¹³. En fait, il s'agit d'une exception à la règle de la continuité de la nationalité. Cet aspect de la question est traité par la référence à «un État prédécesseur» au paragraphe 1.
- 4) Le mot «réclamation», au paragraphe 1, recouvre à la fois la réclamation présentée par la voie diplomatique et celle qui est déposée auprès d'un organe juridictionnel. Cette réclamation peut préciser la conduite que l'État responsable devrait tenir en vue de mettre fin au fait illicite, si celui-ci continue, et la forme que la réparation devrait prendre¹¹⁴.
- 5) Aux termes du paragraphe 2, un État n'est plus en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite après la présentation de ladite réclamation. Ce paragraphe est destiné à prendre en considération le type de situation qui s'est présentée dans l'affaire *Loewen*¹¹⁵, dans laquelle une société a cessé d'exister dans l'État où la réclamation avait été présentée (le Canada) et a été réorganisée dans l'État défendeur (les États-Unis). Cette question est également examinée dans le commentaire du projet d'article 5¹¹⁶.
- 6) Des difficultés surgissent quand il s'agit de l'exercice de la protection diplomatique d'une société qui a cessé d'exister au regard du droit de l'État où elle avait été constituée et dont elle avait la nationalité. Si l'on considère que l'État de nationalité de cette société n'a pas la faculté de présenter une réclamation du fait que celle-ci n'existe plus au moment de la présentation de cette réclamation, aucun État ne pourra exercer sa protection diplomatique pour un préjudice causé à ladite société. Un État ne pourrait invoquer la nationalité des actionnaires pour présenter une telle réclamation, puisqu'il serait dans l'incapacité de prouver qu'il avait l'intérêt nécessaire au moment où le préjudice a été causé à la société. Cette question avait troublé plusieurs juges

¹¹³ Voir en outre sur ce sujet l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, p. 17. Voir aussi le quatrième rapport sur la nationalité en relation avec la succession d'États, document A/CN.4/489, qui met en relief les difficultés entourant la nationalité des personnes morales en relation avec la succession d'États.

¹¹⁴ Voir aussi l'article 43 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le commentaire y relatif.

¹¹⁵ Op. cit., par. 220.

¹¹⁶ Par. 5 et 13.

dans l'affaire de la *Barcelona Traction*¹¹⁷, mais elle a aussi troublé certains tribunaux et organes d'arbitrage¹¹⁸ et auteurs¹¹⁹. Le paragraphe 3 suit une démarche pragmatique en autorisant l'État de nationalité d'une société à exercer sa protection diplomatique pour un préjudice subi par la société lorsqu'elle avait sa nationalité, alors qu'elle a cessé d'exister – et partant d'avoir sa nationalité – par suite de ce préjudice. Pour pouvoir le faire, l'État réclamant doit prouver que c'est à cause du préjudice à propos duquel la réclamation est présentée que ladite société a cessé d'exister. Le paragraphe 3 doit être lu conjointement avec le projet d'article 11, alinéa *a*, qui précise bien que l'État de nationalité des actionnaires ne sera pas en droit d'exercer sa protection diplomatique en leur faveur lorsqu'un préjudice causé à une société a entraîné sa dissolution.

Article 11

Protection des actionnaires

Un État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que:

- a) Si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice; ou
- b) Si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État.

Commentaire

1) Le principe le plus fondamental de la protection diplomatique des sociétés est qu'une société doit être protégée par l'État de nationalité de cette société et non par l'État ou les États de nationalité des actionnaires de la société. Ce principe a été réaffirmé avec force par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. La Cour a souligné d'emblée qu'elle ne se préoccupait que de la question de la protection diplomatique des actionnaires d'une

¹¹⁷ MM. Jessup (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 193), Gros (*ibid.*, p. 277) et Fitzmaurice (*ibid.*, p. 101 et 102), de même que le juge ad hoc, M. Riphagen (*ibid.*, p. 345).

¹¹⁸ Voir affaire *Kinhardt and Co.* (opinions émises dans le cadre de la Commission mixte États-Unis-Venezuela de 1903), p. 171, et plus particulièrement l'opinion dissidente du commissaire vénézuélien, M. Paúl, p. 180; *F. W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D. L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, décision n° 10 du 6 décembre 1929, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 63.

¹¹⁹ L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1969, p. 206 et 207; W. E. Beckett, «Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, (1932), p. 191; E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, (Paris, P.U.F, 1990), p. 197 à 202.

«société anonyme, dont le capital est représenté par des actions»¹²⁰. Ces sociétés se caractérisent par une nette distinction entre la société et les actionnaires¹²¹. Lorsque les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un préjudice causé à la société, c'est vers la société que l'actionnaire doit se tourner pour qu'elle forme les recours voulus, car, «bien que deux entités distinctes puissent souffrir du même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés»¹²². Ce n'est que lorsque les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires qu'un actionnaire a un droit de recours indépendant¹²³. Ces principes régissant la distinction entre la société et les actionnaires découlent du droit interne et non du droit international¹²⁴.

2) Pour parvenir à sa décision selon laquelle l'État où une société a été constituée et non l'État de nationalité des actionnaires de la société est l'État approprié pour exercer la protection diplomatique en cas de préjudice causé à la société, la Cour s'est fondée sur plusieurs considérations de principes. Premièrement, lorsque des actionnaires investissent dans une société qui a des activités commerciales à l'étranger, ils prennent des risques, notamment celui que l'État de nationalité de la société puisse décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas exercer la protection diplomatique à leur égard¹²⁵. Deuxièmement, si l'État de nationalité des actionnaires était autorisé à exercer sa protection diplomatique, cela risquerait d'ouvrir la voie à une multiplicité de réclamations de la part de différents États, les grandes sociétés ayant fréquemment des actionnaires de nombreuses nationalités¹²⁶. La Cour a indiqué à cet égard que si l'État de nationalité de l'actionnaire était habilité à agir pour le compte de celui-ci, il n'y avait pas de raison pour que chaque actionnaire ne jouisse pas de ce droit¹²⁷. Troisièmement, la Cour a préféré ne pas appliquer par analogie les règles relatives à la double

¹²⁰ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, par. 40.

¹²¹ *Ibid.*, p. 34, par. 41.

¹²² *Ibid.*, p. 35, par. 44.

¹²³ *Ibid.*, p. 36, par. 47.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 37, par. 50.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 35, par. 43; p. 46, par. 86 et 87; p. 50, par. 99.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 48 et 49, par. 94 à 96.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 48, par. 94 et 95.

nationalité aux sociétés et aux actionnaires et ne pas autoriser les États de nationalité, tant des sociétés que des actionnaires, à exercer leur protection diplomatique¹²⁸.

3) Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a admis que l'État de nationalité des actionnaires pourrait exercer la protection diplomatique à leur égard dans deux situations: premièrement, lorsque la société a cessé d'exister dans le pays où elle a été constituée¹²⁹ – ce qui n'était pas le cas de la *Barcelona Traction*; et deuxièmement, lorsque l'État où la société a été constituée est lui-même responsable d'avoir causé le préjudice à la société et que le seul moyen de défense dont disposent les actionnaires étrangers sur le plan international est de recourir à la protection de leur État de nationalité¹³⁰ – ce qui n'était pas le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Ces deux exceptions, qui n'ont pas été examinées de façon approfondie par la Cour dans cette affaire parce qu'elles n'étaient pas pertinentes en la matière, sont reconnues aux alinéas *a* et *b* du projet d'article 11. Les actionnaires d'une société pouvant avoir la nationalité de différents États, plusieurs États de nationalité peuvent exercer la protection diplomatique sur la base de ces exceptions. Dans la pratique, cependant, les États coordonneront leurs réclamations et s'assureront que les États dont les nationaux détiennent la majorité du capital social se portent parties requérantes et c'est ce qu'ils devraient faire.

4) Le projet d'article 11 se borne à traiter des intérêts des actionnaires d'une société dans la mesure où les décisions de justice sur ce sujet, y compris l'arrêt *Barcelona Traction*, ont essentiellement porté sur la question des actionnaires. Aucune décision ne fait clairement autorité quant au droit qu'a l'État de nationalité de protéger des investisseurs autres que des actionnaires, par exemple des obligataires, mandataires ou dépositaires. Il ne semble toutefois y avoir aucune bonne raison pour que l'État de nationalité ne protège pas de telles personnes¹³¹.

5) Selon l'alinéa *a* du projet d'article 11, la société doit avoir «cessé d'exister» avant que l'État de nationalité des actionnaires soit habilité à intervenir en leur faveur. Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, la balance semblait pencher en faveur d'un critère moins rigoureux, qui

¹²⁸ Ibid., p. 38, par. 53; p. 50, par. 98.

¹²⁹ Ibid., p. 40 et 41, par. 65 à 68.

¹³⁰ Ibid., p. 48, par. 92.

¹³¹ Telle est l'approche adoptée par le Royaume-Uni. Voir Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord: «Règles relatives aux réclamations internationales», texte reproduit dans le document A/CN.4/561/Add.1, annexe.

permettrait d'intervenir pour le compte des actionnaires lorsque la société avait «pratiquement cessé d'exister»¹³². Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a fixé un critère plus strict pour déterminer la disparition d'une société. Elle a jugé insuffisants les critères de «paralysie» ou de «situation financière précaire» d'une société¹³³. Elle n'a pas non plus retenu comme critère le fait que la société puisse avoir pratiquement cessé d'exister, estimant qu'il manquait «de toute précision juridique»¹³⁴. Considérant que «la situation juridique de la société est seule pertinente», la Cour a déclaré: «Seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser pour eux et pour leur gouvernement»¹³⁵. Ce critère a été ultérieurement adopté par la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁶.

6) Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour n'a pas dit expressément que la société devait avoir cessé d'exister *au lieu de sa constitution* avant que les actionnaires soient en droit d'intervenir. Il semble néanmoins ressortir clairement du contexte de l'affaire dont la Cour était saisie que, dans son esprit, la compagnie devait avoir cessé d'exister dans l'État où elle avait été constituée et non dans l'État où elle avait subi le préjudice. La Cour était disposée à reconnaître que la société avait cessé d'exister en Espagne¹³⁷ mais a souligné que cela ne l'empêchait pas de continuer d'exister au Canada, État où elle avait été constituée, déclarant que: «En l'espèce, la *Barcelona Traction* est sous *receivership* dans le pays où elle a été constituée. Loin de laisser supposer que la personne morale ou ses droits se soient éteints, cette situation indique plutôt que ses droits subsistent tant qu'il n'y a pas de liquidation. Bien qu'en état de *receivership*, la société continue d'exister»¹³⁸. Une société «naît» dans l'État où elle est constituée lorsqu'elle est

¹³² Affaire *Delagoa Bay Railway Co.*, J. B. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, 1906, p. 648; affaire *El Triunfo*, J. B. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, 1906, p. 649; affaire *Baasch & Romer* (Commission mixte Pays-Bas-Venezuela, 28 février 1903), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 723.

¹³³ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 40 et 41, par. 65 et 66.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 41, par. 66.

¹³⁵ *Ibid.* Voir également les opinions individuelles de deux juges, MM. Nervo (*ibid.*, p. 256) et Ammoun (*ibid.*, p. 319 et 320).

¹³⁶ Affaire *Agrotexim*, *C.E.D.H., série A* (1995) n° 330-A, p. 25, par. 68.

¹³⁷ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 40, par. 65. Voir également les opinions individuelles de deux juges, MM. Fitzmaurice, *ibid.*, p. 75, et Jessup, *ibid.*, p. 194.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 41, par. 67.

enregistrée conformément à la loi et que la personnalité morale lui est octroyée. Inversement, elle «s'éteint» lorsqu'elle est liquidée dans l'État où elle a été constituée, c'est-à-dire l'État qui lui a donné l'existence. Il semble donc logique que ce soit au droit de l'État dans lequel elle a été constituée qu'il appartienne de dire si une société a cessé d'exister et n'est plus capable de fonctionner en tant que personne morale.

7) La formule «pour un motif sans rapport avec le préjudice» vise à faire en sorte que l'État de nationalité des actionnaires ne puisse pas engager de procédure concernant le préjudice causé à la société, qui est à l'origine de la disparition de celle-ci. C'est, selon le projet d'article 10, le droit que conserve l'État de nationalité de la société. L'État de nationalité des actionnaires ne pourra donc exercer sa protection diplomatique qu'en faveur des actionnaires qui ont été lésés à la suite de dommages subis par la société sans rapport avec le préjudice qui a peut-être entraîné sa disparition. Il s'agit par là de limiter les circonstances dans lesquelles l'État de nationalité des actionnaires peut intervenir en faveur de ces actionnaires à la suite d'un préjudice causé à la société.

8) L'alinéa *b* donne effet à l'exception en vertu de laquelle l'État de nationalité des actionnaires d'une société peut exercer sa protection diplomatique en leur faveur lorsque l'État où la société a été constituée est lui-même responsable du préjudice qu'elle a subi. Cette exception est limitée aux cas où la constitution de la société était une condition exigée par l'État responsable du préjudice pour qu'elle puisse exercer ses activités dans cet État.

9) On trouve dans la pratique des États, dans des sentences arbitrales¹³⁹ et dans la doctrine un certain appui à une telle exception. Il est significatif que ce soit dans les sentences relatives à trois affaires dans lesquelles la société lésée avait été *obligée* de se constituer dans l'État auteur du préjudice: *Delagoa Bay Railway*¹⁴⁰, *Mexican Eagle*¹⁴¹ et *El Triunfo*¹⁴², que se trouvent les

¹³⁹ Affaires *Delagoa Bay Railway Company*; *Mexican Eagle (El Aguila)*, M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, p. 1272 à 1274; *Romano-Americano*, Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 841; *El Triunfo*, sentence du 8 mai 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 467; *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, sentence du 5 août 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 790. Pour un examen complet de la doctrine, voir L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales ...* op. cit.; M. Jones, «Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies», *BYBIL*, vol. 26, 1949, p. 225. Voir également E. Jimenez de Aréchaga, «International Responsibility», Max Sørensen (dir. publ.) in *Manual of International Law*, (New York, St. Martins Press, 1968), p. 580 et 581.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

arguments les plus forts en faveur de l'intervention de l'État de nationalité des actionnaires. Rien n'indique dans ces sentences que ledit État n'est en droit d'intervenir que dans cette circonstance, mais il ne fait aucun doute que c'est dans ce cas-là que l'intervention est le plus nécessaire. À l'argument avancé par le Mexique dans l'affaire de la *Mexican Eagle*, selon lequel un État étranger ne pouvait intervenir pour le compte de ses ressortissants actionnaires d'une société mexicaine, le Gouvernement du Royaume-Uni a répondu ce qui suit:

«Si on admettait la théorie selon laquelle un État peut d'abord exiger qu'un groupement d'intérêts étranger se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoque le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'intervention diplomatique étrangère, il est clair qu'il y aurait toujours un moyen d'empêcher les États étrangers d'exercer le droit qui est incontestablement le leur en droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs ressortissants à l'étranger»¹⁴³.

10) Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'Espagne, État défendeur, n'était pas l'État de nationalité de la compagnie qui avait subi le préjudice. La Cour n'avait donc pas été saisie de l'exception dont il est question ici. Elle en a néanmoins fait mention en passant dans les termes suivants:

«Certes, on a soutenu que, pour des raisons d'équité, un État devrait pouvoir assumer dans certains cas la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société victime d'une violation du droit international. Ainsi, une thèse s'est développée selon laquelle l'État des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'État dont la responsabilité est en cause est l'État national de la société. Quelle que soit la validité de cette thèse, elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'État national de la *Barcelona Traction*.»¹⁴⁴.

¹⁴³ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8, (Washington D.C., USA Department of State, 1967), p. 1273 et 1274.

¹⁴⁴ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 48, par. 92.

Dans leurs opinions individuelles relatives à l'arrêt *Barcelona Traction*, les juges Fitzmaurice¹⁴⁵, Tanaka¹⁴⁶ et Jessup¹⁴⁷ se sont prononcés sans réserve en faveur du droit de l'État national des actionnaires d'intervenir lorsqu'un préjudice est causé à la société par l'État où elle a été constituée¹⁴⁸. Bien que Fitzmaurice¹⁴⁹ et Jessup¹⁵⁰ aient tous deux concédé que le besoin d'une telle règle soit particulièrement fort lorsque la condition préalable à l'exercice de l'activité d'une société dans un État était qu'elle ait été constituée en vertu de la loi de cet État, aucun d'eux n'était disposé à admettre que la règle soit limitée à de telles circonstances. Par contre, les juges Padilla Nervo¹⁵¹, Morelli¹⁵² et Ammoun¹⁵³ se sont fermement élevés contre cette exception.

11) C'est surtout dans le contexte des traités que des changements sont apparus après l'arrêt *Barcelona Traction* en ce qui concerne l'exception en question. Il n'en ressort pas moins une tendance en faveur de la thèse selon laquelle les actionnaires d'une société peuvent intervenir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable d'un préjudice causé à la société¹⁵⁴. Dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*¹⁵⁵, une chambre de la Cour internationale de Justice a autorisé les États-Unis à formuler une demande en réparation contre l'Italie pour des préjudices subis par une société italienne dont les actions étaient entièrement détenues par deux sociétés américaines. La Cour ne s'est pas prononcée sur la compatibilité de

¹⁴⁵ Ibid., p. 72 à 75.

¹⁴⁶ Ibid., p. 134.

¹⁴⁷ Ibid., p. 191 à 193.

¹⁴⁸ Le juge Wellington Koo a aussi appuyé cette position dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Hight and Power Company Limited, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1964, p. 58, par. 20.

¹⁴⁹ C.I.J. Recueil 1970, p. 73, par. 15 et 16.

¹⁵⁰ Ibid., p. 191 et 192.

¹⁵¹ Ibid., p. 257 à 259.

¹⁵² Ibid., p. 240 et 241.

¹⁵³ Ibid., p. 318.

¹⁵⁴ Voir *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, affaire n° 129 du 24 octobre 1985, I.L.R., vol. 84, p. 484 et 496 (interprétant l'article VII (2) de la Déclaration d'Alger sur le règlement des différends); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia*, *ICSID Reports*, vol. 2 (1994), p. 346 (interprétant l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159).

¹⁵⁵ C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

sa conclusion avec celle à laquelle elle était parvenue dans l'arrêt *Barcelona Traction*, ni sur la question de l'exception laissée sans réponse dans le même arrêt, en dépit du fait que l'Italie eut objecté que la société dont les droits auraient été violés était constituée en Italie et que les États-Unis cherchaient à protéger les droits d'actionnaires de la société¹⁵⁶. Ce silence pourrait s'expliquer par le fait que la Chambre n'avait pas à évaluer le droit international coutumier, mais à interpréter un traité bilatéral d'amitié, de commerce et de navigation, qui prévoyait la protection des actionnaires américains à l'étranger. Par contre, la Chambre était manifestement saisie de la question de l'exception à l'étude¹⁵⁷. Il est donc possible d'en déduire un appui à l'exception en faveur du droit de l'État des actionnaires d'une société d'intervenir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable du préjudice causé à la société¹⁵⁸.

12) Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, l'exception à l'étude jouissait d'un certain appui, mais les opinions étaient partagées sur le point de savoir si la pratique des États et les sentences arbitrales la reconnaissait et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. Les décisions arbitrales qui affirmaient le principe consacré par cette exception étaient souvent fondées sur des accords spéciaux entre États accordant aux actionnaires le droit de demander à être indemnisés et ne reflétaient donc pas nécessairement une règle générale de droit international coutumier¹⁵⁹. L'*obiter dictum* de la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* et les opinions individuelles des juges Fitzmaurice, Jessup et Tanaka ont incontestablement donné du poids aux arguments en faveur de l'exception. L'évolution ultérieure de la situation, ne serait-ce que dans le contexte de l'interprétation des traités, a confirmé cette tendance¹⁶⁰. Dans ces circonstances, il serait possible d'appuyer une exception générale sur la base d'une décision judiciaire. Or, l'alinéa *b* du projet

¹⁵⁶ Ibid., p. 64 (par. 106), 79 (par. 132).

¹⁵⁷ Cela ressort clairement d'un échange d'arguments entre les juges Oda, ibid., p. 87 et 88 et Schwebel, ibid., p. 94 sur le sujet.

¹⁵⁸ Cette vue a été exprimée par Yoram Dinstein, «*Diplomatic Protection of Companies under International Law*», in K. Wellens (dir. publ.), *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy*, (La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. 505.

¹⁵⁹ Voir le commentaire des États-Unis à cet effet, dans le document A/CN.4/561, p. 36.

¹⁶⁰ Conformément aux Règles relatives aux réclamations internationales adoptées par le Royaume-Uni en 1985, «lorsqu'un national du Royaume-Uni a un intérêt, en qualité d'actionnaire ou autrement, dans une société constituée dans un autre État et dont elle a donc la nationalité et que cet État cause un préjudice à la société, le Gouvernement de sa Majesté peut intervenir pour protéger les intérêts de ce national du Royaume-Uni» (art. VI); reproduit in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, 1988, p. 1007, et dans le document A/CN.4/561/Add.1, annexe.

d'article 11 ne va pas si loin. Il limite plutôt cette exception à ce que l'on a appelé une «société Calvo», c'est-à-dire une société dont la constitution, comme la clause Calvo, a pour objet de la mettre à l'abri des règles du droit international relatif à la protection diplomatique. Elle limite l'exception au cas où la société avait, à la date du préjudice (autre critère restrictif), la nationalité de l'État qui est réputé être responsable du préjudice et où sa constitution en vertu de la loi de cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État. Il n'est pas nécessaire que le droit de cet État rende la constitution de la société obligatoire. D'autres types de contrainte peuvent avoir pour conséquence qu'une société soit «obligée» de se constituer dans cet État.

Article 12

Atteinte directe aux droits des actionnaires

Dans la mesure où un fait internationalement illicite d'un État porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'État de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit.

Commentaire

1) La Cour a reconnu dans l'arrêt *Barcelona Traction* que les actionnaires pouvaient prétendre à la protection diplomatique pour eux-mêmes:

«... des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires, même si leurs intérêts en souffrent.

... La situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels. Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant.»¹⁶¹.

La Cour n'a cependant pas eu à examiner la question plus avant parce que la Belgique a indiqué clairement qu'elle ne fondait pas sa demande sur une atteinte directe aux droits des actionnaires.

¹⁶¹ C.I.J. Recueil 1970, p. 36, par. 46 et 47.

2) La question de la protection des droits propres des actionnaires a été examinée par la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*¹⁶². Néanmoins, dans cette affaire, les droits en question, par exemple les droits des actionnaires d'organiser, de contrôler et de gérer la société, étaient énoncés dans le Traité d'amitié, de commerce et de navigation qu'il était demandé à la Chambre d'interpréter, et celle-ci n'a pas exposé les règles du droit international coutumier sur ce sujet. Dans l'affaire *Agrotexim*¹⁶³, la Cour européenne des droits de l'homme, comme la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction*, a reconnu le droit des actionnaires à être protégés contre la violation directe de leurs droits, mais a jugé qu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation¹⁶⁴.

3) Le projet d'article 12 ne cherche pas à dresser une liste exhaustive des droits des actionnaires en tant que droits distincts de ceux de la société elle-même. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour mentionne les droits les plus évidents des actionnaires: le droit à un dividende déclaré, le droit de participer aux assemblées générales et d'y voter et le droit à une part des avoirs résiduels de la société à la liquidation. Mais cette liste n'est pas exhaustive, comme la Cour elle-même l'a indiqué. Ceci signifie que le soin est laissé aux tribunaux de déterminer, dans chaque cas d'espèce, les limites de tels droits. Il faut néanmoins veiller à bien séparer les droits des actionnaires de ceux de la société, en particulier en ce qui concerne le droit de participer à la gestion de sociétés. L'interprétation restrictive à donner au projet d'article 12 est mise en lumière par les formules «droits des actionnaires en tant que tels» et «droits qui sont distincts de ceux de la société».

4) Le projet d'article 12 ne précise pas quel est le système juridique applicable pour déterminer quels sont les droits propres des actionnaires par opposition à ceux de la société. Dans la plupart des cas, cette question doit être tranchée par le droit interne de l'État où celle-ci a été constituée. On pourrait néanmoins invoquer les principes généraux de droit lorsque la société

¹⁶² *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

¹⁶³ *Série A n° 330-A*.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 23, par. 62.

a été constituée dans l'État auteur du fait illicite, pour faire en sorte que les actionnaires étrangers ne fassent pas l'objet d'un traitement discriminatoire¹⁶⁵.

Article 13

Autres personnes morales

Les principes énoncés dans le présent chapitre s'appliquent, le cas échéant, à la protection diplomatique de personnes morales autres que des sociétés.

Commentaire

- 1) Les dispositions du présent chapitre ont été axées jusqu'ici sur un type particulier de personne morale, la société. Il y a deux explications à cela. Premièrement, les sociétés, à la différence d'autres personnes morales, ont certains traits communs et uniformes: ce sont des entreprises à but lucratif dont le capital est généralement constitué d'actions dans lesquelles une distinction nette est établie entre l'entité qu'est la société et les actionnaires, la responsabilité de ces derniers étant limitée. Deuxièmement, le commerce et les investissements étrangers sont principalement le fait de la société, et non de l'entreprise publique, de l'université, de la municipalité, de la fondation et autres personnes morales de ce type. Non contentes d'animer la vie économique internationale, les sociétés sont aussi au cœur du règlement des différends internationaux. La protection diplomatique des personnes morales s'entend principalement de la protection des investissements étrangers. C'est pourquoi la société est la personne morale qui occupe la place centrale dans le domaine de la protection diplomatique; c'est la raison aussi pour laquelle le présent projet d'articles est consacré, et doit l'être, en grande partie à cette entité.
- 2) Dans l'acception ordinaire du mot, la «personne» s'entend d'un être humain. Au sens juridique, cependant, une «personne» s'entend de tout être, objet, association ou institution auquel la loi reconnaît la capacité d'acquérir des droits et de contracter des obligations. Il est loisible à un système juridique de conférer la personnalité juridique à tout objet ou association de son choix. L'octroi de la personnalité juridique varie selon les systèmes juridiques et n'obéit pas à des règles uniformes.

¹⁶⁵ Dans son opinion individuelle dans l'affaire *ELSI*, M. Oda a évoqué «les principes généraux de droit concernant les sociétés» s'agissant des droits des actionnaires: *C.I.J. Recueil 1989*, p. 87 et 88.

3) Il existe un débat jurisprudentiel au sujet de la nature juridique de la personnalité morale et, en particulier, quant à la genèse d'une personne morale. Selon la théorie de la fiction, une personne morale ne peut voir le jour que moyennant un acte formel de constitution par l'État. Autrement dit, une entité autre qu'une personne physique peut obtenir les attributs de la personnalité par un acte de l'État qui l'assimile en vertu d'une fiction juridique à une personne physique, sous réserve des limitations que la loi peut imposer. Selon la théorie réaliste en revanche, l'existence de la personne morale est un fait et n'est pas tributaire de la reconnaissance par l'État. Dès lors qu'une association ou une entité agit en fait comme une entité juridique distincte, elle devient une personne morale, avec tous les attributs de celle-ci, sans qu'il soit nécessaire que l'État lui octroie la personnalité juridique. Quoi qu'on puisse penser de la théorie dite réaliste, il est évident qu'une personne morale ne saurait exister sans une forme de reconnaissance par la loi, c'est-à-dire par un système juridique interne. C'est ce qu'ont souligné la Cour européenne de justice¹⁶⁶ et la Cour internationale de Justice¹⁶⁷.

4) Étant créées par le droit interne, les personnes morales sont extrêmement diverses. Ce peuvent être des sociétés, des entreprises publiques, des universités, des écoles, des fondations, des églises, des collectivités locales, des associations à but non lucratif, des organisations non gouvernementales, voire des partenariats (dans certains pays). Le fait qu'il ne soit pas possible de prêter à toutes ces personnes morales des traits communs et uniformes explique pourquoi les auteurs de droit international public et de droit international privé limitent dans une large mesure leur examen des personnes morales dans le cadre du droit international à la société. Il convient néanmoins de s'intéresser aux personnes morales autres que les sociétés dans le contexte de la protection diplomatique. Il ressort de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale qu'une commune¹⁶⁸ ou une université¹⁶⁹ peut être considérée dans certaines circonstances comme une personne morale et un national d'un État.

¹⁶⁶ Cour européenne de justice, affaire n° 81/87, *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust* [1988] ECR 5483, par. 19.

¹⁶⁷ Affaire de la *Barcelona Traction*, Arrêt, p. 34 et 35, par. 38.

¹⁶⁸ Dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, (Fond)*, la Cour permanente a jugé que la commune de Ratibor faisait partie de la catégorie des «nationaux allemands» au sens de la Convention germano-polonaise relative à la Haute-Silésie de 1922, *C.P.J.I. série A n° 7*, p. 73 à 75.

¹⁶⁹ Dans *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hongro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány c. État tchécoslovaque)*, Arrêt, la Cour permanente a jugé que l'Université était un national hongrois au sens de l'article 250 du Traité de Trianon et qu'elle était donc habilitée à exiger la restitution des biens qui lui appartenaient, *C.P.J.I. série A/B n° 61*, p. 208 et 227 à 232.

On ne voit pas pourquoi une telle personne morale n'aurait pas droit à la protection diplomatique, lorsqu'elle subit un préjudice à l'étranger, à condition qu'il s'agisse d'une entité autonome ne faisant pas partie de l'appareil de l'État protecteur¹⁷⁰. Les fondations à but non lucratif, dont les avoirs sont affectés par un donateur ou un testateur à des fins caritatives, sont des personnes morales qui n'ont pas de membres. De nombreuses fondations actuelles financent des projets à l'étranger afin d'encourager la santé, la protection sociale, les droits des femmes, les droits de l'homme et l'environnement dans des pays en développement. Au cas où de telles personnes morales seraient victimes d'un fait internationalement illicite de l'État hôte, il est probable qu'elles bénéficieraient de la protection diplomatique de l'État sous les lois duquel elles ont été constituées. Les organisations non gouvernementales qui luttent pour de nobles causes à l'étranger semblent devoir appartenir à la même catégorie que les fondations¹⁷¹.

5) Du fait de la diversité des buts et des structures des personnes morales autres que les sociétés, il est impossible d'établir des dispositions distinctes concernant la protection diplomatique des différents types de personne morale. La façon la plus sage, et réaliste, de procéder est de rédiger une disposition qui étende les principes de la protection diplomatique adoptés pour les sociétés à d'autres personnes morales, sous réserve des modifications à apporter pour tenir compte des différentes caractéristiques de chaque personne morale. C'est ce à quoi tend la disposition proposée. Elle prévoit que les principes concernant l'État de nationalité des sociétés et l'application du principe de la continuité de la nationalité d'une société, énoncés dans le présent chapitre, s'appliquent «le cas échéant» à la protection diplomatique de personnes morales autres que les sociétés. Il faudra que les autorités ou les juridictions compétentes examinent la nature et les fonctions de la personne morale en cause pour décider s'il serait approprié de lui appliquer l'une quelconque des dispositions du présent chapitre. La plupart des personnes morales autres que les sociétés n'ont pas d'actionnaires, si bien que seuls les projets

¹⁷⁰ La protection diplomatique étant une procédure réservée à la protection des personnes physiques ou morales qui ne font pas partie de l'appareil de l'État, il s'ensuit que, dans la plupart des cas, une commune, en tant que subdivision de l'administration locale, ou une université financée par l'État et contrôlée par celui-ci en dernier ressort, ne réunit pas les conditions requises pour jouir de la protection diplomatique, quoiqu'elle pourrait être protégée par d'autres règles traitant du problème des organes de l'État. Les universités privées pourraient avoir droit à la protection diplomatique; il en irait de même des écoles privées, dès lors que le droit interne leur octroierait la personnalité juridique.

¹⁷¹ Voir aussi K. Doehring, «*Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations*», dans *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, M. Rama-Montaldo (dir. publ.) (Montevideo, Fundación de Cultura universitaria, 1994), p. 571 à 580.

d'articles 9 et 10 pourraient, le cas échéant, leur être appliqués. Si toutefois la personne morale a des actionnaires, les projets d'articles 11 et 12 pourront aussi lui être appliqués¹⁷².

TROISIÈME PARTIE

RECOURS INTERNES

Article 14

Épuisement des recours internes

1. Un État ne peut présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8 avant que la personne lésée ait, sous réserve du projet d'article 15, épuisé tous les recours internes.
2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts à une personne lésée devant les autorités judiciaires ou administratives, ordinaires ou spéciales, de l'État prétendument responsable du préjudice.
3. Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale ou une demande de jugement déclaratif lié à la réclamation est faite, principalement en raison d'un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8.

Commentaire

1) Le projet d'article 14 vise à codifier la règle du droit international coutumier qui pose l'épuisement des recours internes comme condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour internationale de Justice l'a reconnue comme «une règle bien établie du droit international coutumier»¹⁷³ et, dans l'affaire *Elettronica Sicula* (ELSI), une chambre de la Cour a salué en elle «un important principe du droit international coutumier»¹⁷⁴. La règle de l'épuisement des recours internes fait en sorte que «l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne»¹⁷⁵. La Commission du droit international a déjà examiné la question

¹⁷² Tel serait le cas de la société à responsabilité limitée des pays de tradition romaine, hybride de *corporation* et de *partnership*.

¹⁷³ Affaire de l'*Interhandel* (*Suisse c. États-Unis d'Amérique*), Exceptions préliminaires, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 27.

¹⁷⁴ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 42, par. 50.

¹⁷⁵ Affaire de l'*Interhandel*, p. 27.

de l'épuisement des recours internes dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des États et en a conclu qu'il s'agit là d'un «principe du droit international général» étayé par la jurisprudence, la pratique des États, les traités et la doctrine¹⁷⁶.

2) Les personnes morales comme les personnes physiques sont tenues d'épuiser les recours internes. Une société étrangère financée partiellement ou principalement par des capitaux publics doit également épuiser les recours internes. Les personnes autres que les nationaux de l'État exerçant sa protection, qui ont droit à la protection diplomatique dans les circonstances exceptionnelles prévues dans le projet d'article 8, sont elles aussi tenues d'épuiser les recours internes.

3) L'expression «tous les recours internes» doit s'entendre sous réserve du projet d'article 15, qui expose les circonstances exceptionnelles dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés.

4) Les recours ouverts à un étranger qui doivent être épuisés avant que la protection diplomatique puisse être exercée varient inévitablement d'un État à l'autre. Il n'est donc pas possible de codifier une règle absolue régissant toutes les situations. Le paragraphe 2 vise à définir, en termes généraux, la principale catégorie de recours qui doivent être épuisés¹⁷⁷. Tout d'abord, il est évident que l'étranger est tenu d'épuiser tous les recours judiciaires disponibles en vertu du droit interne de l'État défendeur. Si le droit interne en question autorise en l'espèce un recours devant la plus haute juridiction, l'intéressé doit former ce recours pour obtenir une décision définitive. Même si ce recours ne lui est pas ouvert de droit mais que la juridiction supérieure peut, si elle le juge bon, accorder l'autorisation de former un recours, l'étranger doit néanmoins lui demander cette autorisation¹⁷⁸. À ce propos, les juridictions comprennent à la fois les tribunaux ordinaires et les tribunaux extraordinaires, car «la question

¹⁷⁶ Art. 22 adopté en première lecture, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10* et rectificatif (A/51/10 et Corr.1), chap. III D 1; *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), p. 30 à 50; commentaire de l'article 44 adopté en seconde lecture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), p. 327 à 330.

¹⁷⁷ Dans l'affaire *Ambatielos* du 6 mars 1956, le tribunal arbitral avait déclaré que «c'[était] l'ensemble du système de protection juridique prévu par le droit interne qui [devait] avoir été mis à l'épreuve», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 120. Sur ce sujet, voir aussi C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2^e éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2004), p. 182 à 192.

¹⁷⁸ On citera, à titre d'exemple, la procédure de *certiorari* devant la Cour suprême des États-Unis.

essentielle n'est pas de savoir s'il s'agit d'un recours ordinaire ou extraordinaire, mais s'il offre un remède efficace et suffisant»¹⁷⁹.

5) Les recours administratifs doivent eux aussi être épuisés. L'étranger lésé n'est toutefois tenu d'épuiser que les recours qui peuvent aboutir à une décision obligatoire. Il n'est pas tenu de s'adresser à l'exécutif pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. Les recours internes ne comprennent ni les recours dont «le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit»¹⁸⁰ ni les recours gracieux¹⁸¹, à moins qu'ils ne soient une condition préalable essentielle à la recevabilité de la procédure contentieuse ultérieure. Le recours en grâce et le fait de s'adresser à un médiateur entrent généralement dans cette catégorie¹⁸².

6) Pour fonder convenablement une réclamation internationale au motif que les recours internes ont été épuisés, le plaideur étranger doit formuler, devant les tribunaux nationaux, les principaux arguments qu'il entend faire valoir au niveau international. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la Cour internationale de Justice a dit que:

«pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès»¹⁸³.

Ce critère est préférable à celui plus strict énoncé dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, selon lequel:

¹⁷⁹ *B. Schouw Nielsen c. Danemark*, requête n° 343/57, Commission européenne des droits de l'homme, 1958-1959, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 2, p. 438 (référence à l'avis exprimé par l'Institut de droit international dans sa résolution de 1954 (*Annuaire*, 1956, vol. 46, p. 364)). Voir aussi l'affaire *Lawless c. Irlande*, requête n° 332/57, *ibid.*, p. 318 à 322.

¹⁸⁰ *De Becker c. Belgique*, requête n° 214/56, 1958-1959, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 2, p. 238.

¹⁸¹ Claim of Finnish Shipowners against Great Britain in respect of the Use of Certain Finnish Vessels During the War (*Arbitrage relatif aux navires finlandais*), 1934, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1479.

¹⁸² Voir *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, par. 135 à 143.

¹⁸³ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15, par. 59.

«[t]ous les arguments de fait et de droit qui sont avancés par le Gouvernement demandeur ... doivent avoir été examinés par les tribunaux internes, qui doivent s'être prononcés en ce qui les concerne»¹⁸⁴.

7) L'État demandeur doit donc produire les éléments de preuve dont il dispose à l'appui de la substance de sa demande dans le cadre de l'épuisement des recours internes¹⁸⁵. Il ne peut se servir du recours international offert par la protection diplomatique pour compenser la mauvaise préparation ou la mauvaise présentation de la demande au niveau national¹⁸⁶.

8) Le projet d'article 14 ne prend pas acte de la «clause Calvo»¹⁸⁷, procédé utilisé principalement par les pays latino-américains à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e pour n'ouvrir aux étrangers que les voies de recours locales en les obligeant à renoncer aux recours internationaux en ce qui concerne les litiges portant sur des contrats passés avec l'État hôte. La validité d'une telle clause a été vigoureusement contestée par les États exportateurs de capitaux¹⁸⁸ au motif qu'un étranger n'a pas le droit, conformément à la règle *Mavrommatis* de renoncer à un droit appartenant à l'État et non à ses nationaux. Ce nonobstant, la «clause Calvo» a été considérée comme une coutume régionale d'Amérique latine, consubstantielle de l'identité nationale de nombreux États. Il est difficile de concilier la «clause Calvo» et le droit international si l'on doit l'interpréter comme un renoncement absolu au recours à la protection internationale relativement à une action de l'État hôte qui constituerait un fait internationalement illicite (par exemple un déni de justice), ou si le dommage subi par l'étranger intéressait directement l'État de nationalité de ce dernier¹⁸⁹. Les objections à la validité de la «clause Calvo» au regard du droit international général sont certainement moins convaincantes

¹⁸⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1502.

¹⁸⁵ Affaire *Ambatielos*, p. 120.

¹⁸⁶ D. P. O'Connell, *International Law* (Londres, Stevens and Sons, 1970), vol. 2, p. 1059.

¹⁸⁷ Du nom de l'éminent juriste argentin Carlos Calvo (1824-1906).

¹⁸⁸ Voir, d'une manière générale, D. R. Shea *The Calvo Clause: A problem of Interamerican and International Law and Diplomacy* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955).

¹⁸⁹ *North American Dredging Company (États-Unis c. Mexique)* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 26.

dès lors que l'on admet que les droits protégés dans le cadre de la protection diplomatique sont ceux de la personne protégée et non ceux de l'État protecteur¹⁹⁰.

9) Le paragraphe 3 stipule que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux cas dans lesquels l'État demandeur a été lésé «indirectement», c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne ayant sa nationalité. Elle ne joue pas lorsque l'État auteur de la réclamation est directement lésé par le fait illicite d'un autre État, puisqu'il a alors lui-même une raison particulière d'introduire une réclamation internationale¹⁹¹.

10) En pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est «directe» ou «indirecte» lorsqu'elle «mêle» des éléments constitutifs de préjudice pour l'État et des éléments constitutifs de préjudice pour ses nationaux. De nombreux différends portés devant la Cour internationale de Justice correspondaient à ce cas de figure. Dans l'affaire dite des *Otages*¹⁹², il y avait un manquement direct de la part de la République islamique d'Iran à l'obligation dont elle était tenue envers les États-Unis d'Amérique de protéger leurs agents diplomatiques et consulaires, mais il y avait en même temps un dommage causé à la personne de leurs nationaux (agents diplomatiques et consulaires) détenus comme otages; et dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Suisse s'était plainte d'avoir été lésée à la fois directement, par la violation d'un traité, et indirectement, par un préjudice causé à une société de droit suisse. Dans l'affaire des *Otages*, la Cour a considéré qu'il y avait eu violation directe du droit international et, dans celle de l'*Interhandel*, elle avait jugé que la lésion alléguée était principalement indirecte et que l'*Interhandel* n'avait pas épuisé les recours internes. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, il y avait eu une atteinte directe à la République démocratique du Congo et à son national (le Ministre des affaires étrangères) mais la Cour a estimé que la requête n'avait pas été introduite dans le cadre d'une action en protection d'un national, si bien qu'il n'était pas nécessaire que toutes les voies de recours internes eussent été épuisées¹⁹³. Dans l'affaire *Avena*, le Mexique cherchait à protéger ses nationaux en attente d'exécution aux États-Unis par la voie de la Convention de Vienne sur

¹⁹⁰ Voir le paragraphe 5) du commentaire du projet d'article premier.

¹⁹¹ Voir d'une manière générale sur ce sujet C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, op. cit., p. 145 à 168.

¹⁹² Affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

¹⁹³ Affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 18, par. 40.

les relations consulaires, déclarant «avoir subi lui-même [un préjudice], directement et à travers ses ressortissants» du fait que les États-Unis n'avaient pas octroyé à ses nationaux l'accès aux autorités consulaires mexicaines conformément au paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention. La Cour a accueilli cet argument en raison de l'«interdépendance des droits de l'État et des droits individuels»¹⁹⁴.

11) Dans le cas d'une réclamation «mixte», il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments pour décider si c'est l'élément direct ou l'élément indirect qui est prépondérant. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la Cour internationale de Justice a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel leur demande reposait en partie sur la violation d'un traité et l'épuisement des recours internes n'était donc pas nécessaire, en disant:

«la Chambre ne doute pas que la question qui colore et imprègne la demande des États-Unis tout entière est celle du préjudice que Raytheon et Machlett [des sociétés américaines] auraient subi»¹⁹⁵.

Très proche de celui de la prépondérance, le critère de la condition *sine qua non*, ou «en l'absence de», pose la question de savoir si la réclamation visant des éléments de préjudice tant direct qu'indirect aurait été introduite sans la demande pour le compte du national lésé. Si la réponse est négative, la réclamation est indirecte et les recours internes doivent être épuisés. Cela dit, il n'y a pas grand chose qui distingue le critère de la prépondérance du critère «en l'absence de». Si une réclamation repose pour une part prépondérante sur le préjudice causé à un national, cela établit qu'elle n'aurait pas été introduite en l'absence de ce préjudice. C'est pourquoi un seul critère est retenu au paragraphe 3 – celui de la prépondérance.

12) Les autres «critères» invoqués pour établir si la réclamation est directe ou indirecte ne sont pas tant des critères que des facteurs qu'il faut prendre en considération pour décider si la réclamation penche nettement dans le sens d'une réclamation directe ou d'une réclamation indirecte, ou si elle n'aurait pas été introduite en l'absence du préjudice causé au national. Les principaux facteurs à considérer pour ce faire sont l'objet du différend, la nature de la réclamation et la réparation demandée. Ainsi, lorsque l'objet du litige est une haute

¹⁹⁴ *C.I.J. Recueil 2004*, p.12, par. 40.

¹⁹⁵ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 43, par. 52. Voir aussi l'affaire de l'*Interhandel*, *ibid.*, 1959, p. 28.

personnalité du gouvernement¹⁹⁶, un agent diplomatique¹⁹⁷ ou un bien de l'État¹⁹⁸, la réclamation sera normalement directe et, lorsque l'État cherche à obtenir une indemnité pour le compte de son national en tant que simple particulier, elle sera indirecte.

13) Le paragraphe 3 précise bien que les recours internes doivent être épuisés non seulement dans le cas d'une réclamation internationale, mais encore dans celui d'une demande de jugement déclaratif reposant principalement sur un préjudice causé à un national. Bien que l'on puisse considérer que si l'État ne demande pas d'indemnité pour un national lésé, mais une simple décision sur l'interprétation et l'application d'un traité, il n'est pas nécessaire que les recours internes aient été épuisés¹⁹⁹, il est des cas où un État a été requis d'épuiser les recours internes quand il demandait un arrêt déclaratoire portant sur l'interprétation et l'application d'un traité que l'État défendeur aurait violé dans le cadre ou à l'occasion du traitement réservé par lui à un national de l'État demandeur²⁰⁰.

14) Le projet d'article 14 exige que la personne lésée ait elle-même épuisé tous les recours internes. Ceci n'exclut pas la possibilité que l'épuisement des recours internes résulte du fait qu'une autre personne a soumis le fond de la même réclamation devant une juridiction de l'État défendeur²⁰¹.

Article 15

Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

- a) Il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles pour accorder une réparation efficace, ou les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation;

¹⁹⁶ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, C.I.J. Recueil 2002, p. 18, par. 40.

¹⁹⁷ *Affaire des Otages*, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.

¹⁹⁸ *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, (Fond), C.I.J. Recueil 1949, p. 4.

¹⁹⁹ *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens*, du 27 mars 1946, entre les États-Unis d'Amérique et la France, décision du 9 décembre 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 415; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1988, p. 29, par. 41.

²⁰⁰ Voir l'affaire de l'*Interhandel*, p. 28 et 29, et l'affaire *ELSI*, p. 43.

²⁰¹ Voir l'affaire *ELSI*, p. 46, par. 59.

- b) L'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État prétendument responsable;
- c) Il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État prétendument responsable à la date du préjudice;
- d) La personne lésée est manifestement empêchée d'exercer les recours internes; ou
- e) L'État prétendument responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.

Commentaire

1) Le projet d'article 15 vise les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Les alinéas *a* et *b*, qui concernent les cas où les tribunaux internes n'offrent aucune possibilité de réparation, et les alinéas *c* et *d*, qui concernent les circonstances faisant qu'il serait injuste ou déraisonnable d'exiger d'un étranger lésé qu'il épuise les recours internes avant de formuler une réclamation, sont des exceptions claires à la règle de l'épuisement des recours internes. L'alinéa *e* vise une situation différente – celle qui se présente lorsque l'État défendeur a renoncé à exiger le respect de cette règle.

Alinéa *a*

2) L'alinéa *a* vise l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes parfois dite, sans autre précision, de «futilité» ou d'«inefficacité». Trois options doivent être prises en considération pour formuler une règle exposant les circonstances dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés du fait de dysfonctionnements dans l'administration de la justice:

- i) Les recours internes sont à l'évidence futiles;
- ii) Les recours internes n'offrent aucune perspective raisonnable de succès;
- iii) Les recours internes n'assurent aucune possibilité raisonnable de réparation efficace.

Ces options ont toutes trois des partisans.

3) Le critère de la «futilité manifeste», exposé par l'arbitre Bagge dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, fixe la barre trop haut. À l'inverse, le critère de «l'absence de perspective

raisonnable de succès», accepté par la Commission européenne des droits de l'homme dans plusieurs décisions²⁰², est trop généreux pour le demandeur. Reste la troisième option, qui, sans être aussi stricte que la formule «futilité manifeste», n'en impose pas moins une lourde charge au demandeur en l'obligeant à prouver que, dans les circonstances de l'espèce et eu égard au système juridique de l'État défendeur, il n'y a aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace. Ce critère trouve son origine dans une opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*²⁰³ et il a l'appui d'une partie de la doctrine²⁰⁴, mais il n'inclut pas la notion de recours internes «disponibles» que la Commission a consacrée dans ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁰⁵ et qui est parfois considérée comme un élément de la règle par les tribunaux²⁰⁶ et par la doctrine²⁰⁷. Pour cette raison, le critère énoncé à l'alinéa *a* exige également qu'il n'y ait pas de «recours internes raisonnablement disponibles» pour accorder une réparation efficace, ou que les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation. Sous cette forme, ce critère cadre avec les cas où il a été jugé que les recours internes n'ont pas à être épuisés si le tribunal interne est incompétent à l'égard du différend considéré²⁰⁸; que les tribunaux ne peuvent

²⁰² *Retimag S.A. c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 712/60, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 4, p. 400; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 8022/77, 8027/77, *Commission européenne des droits de l'homme, décisions et rapports*, vol. 18, p. 74. Voir aussi le commentaire de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture, *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), par. 48.

²⁰³ Affaire relative à certains emprunts norvégiens (*France c. Norvège*), Arrêt, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 39.

²⁰⁴ G. Fitzmaurice «Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge», *BYBIL* vol. 37 (1961), p. 60 et 61; M. Herdegen, «Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen» dans G. Ress et T. Stein, *Der diplomatische Schutz im Völker – und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1966), p. 70.

²⁰⁵ L'article 44 exige que les recours internes soient «disponibles et efficaces».

²⁰⁶ Dans l'affaire *Loewen Group Inc v. USA*, le tribunal a déclaré que la règle de l'épuisement des recours internes obligeait la personne lésée à «éprouver les recours qui sont efficaces et adéquats et qui sont raisonnablement disponibles» (par. 168).

²⁰⁷ C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, op. cit., p. 181 et 182 et p. 203 et 204.

²⁰⁸ Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, p. 18; *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, rapportée dans *A.J.I.L.*, vol. 28, 1934, p. 789; *Claims of R. Gelbtrunk and the «Salvador Commercial Co.» et al.*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 476 et 477; *The Lottie May Incident*, Arbitrage entre le Honduras et le Royaume-Uni, du 18 avril 1899, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 31; opinion individuelle du juge Lauterpacht en l'affaire des *Emprunts norvégiens*, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 39 et 40; *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1535.

pas connaître de la législation interne justifiant les actes attaqués par l'étranger²⁰⁹; que les tribunaux internes manquent notablement d'indépendance²¹⁰; qu'une jurisprudence constante et bien établie est défavorable à l'étranger²¹¹; que les tribunaux internes n'ouvrent pas à l'étranger un recours approprié et suffisant²¹²; ou encore que l'État défendeur n'a pas de système adéquat de protection judiciaire²¹³.

4) Pour satisfaire les conditions énoncées à l'alinéa *a*, il ne suffit pas que la personne lésée établisse que la probabilité d'obtenir gain de cause est faible ou qu'il serait difficile ou coûteux d'interjeter appel. Il ne s'agit pas de savoir si un résultat favorable est probable ou possible mais si l'ordre juridique interne de l'État défendeur est raisonnablement en mesure d'offrir une réparation efficace. Ce point doit être tranché à la lumière du droit interne et des circonstances. C'est une question qui relève de la juridiction internationale compétente chargée d'examiner l'épuisement des recours internes. La décision y relative doit être prise en partant de l'hypothèse que la demande est fondée²¹⁴.

Alinéa *b*

5) La possibilité d'écarter l'obligation d'épuiser les recours internes lorsque l'État défendeur est responsable d'un retard abusif dans l'administration d'un recours interne est confirmée

²⁰⁹ *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly, A.J.I.L.*, vol. 28, 1934, p. 789. Voir aussi *Affaire des Forêts du Rhodope Central (Fond)*, 1933, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1405; affaire *Ambatielos*, *ibid.*, vol. XII, p. 119; affaire de l'*Interhandel*, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 28.

²¹⁰ *Affaire Robert E. Brown*, du 23 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 120; affaire *Vélasquez Rodríguez*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 4, par. 56 à 78.

²¹¹ *Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, p. 18; *SS «Lisman»*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1773; *SS «Seguranca»*, *ibid.*, p. 1868; *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, p. 1495; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 1956, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 1, p. 138; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, *ibid.*, vol. 2, p. 344; *X. c. Autriche*, *ibid.*, vol. 3, p. 202.

²¹² *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, p. 1496 et 1497; affaire *Vélasquez Rodríguez, Yağci and Sargin c. Turquie*, Arrêt du 8 juin 1995, *Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions*, n° 319, p. 17, par. 42; *Hornsby c. Grèce*, Arrêt du 19 mars 1997, 1997-II, *ibid.*, n° 33, p. 509, par. 37.

²¹³ *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, 9 avril 1996, I.L.R., vol. 107, p. 460. Sous la dictature militaire au Chili, la Commission interaméricaine des droits de l'homme avait décidé que les irrégularités inhérentes aux actions devant la justice militaire dispensaient d'épuiser les recours internes; résolution 1a/88, affaire 9755, *Ann. Rep Int. Am. Com HR 1987/88*.

²¹⁴ *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, p. 1504; affaire *Ambatielos*, p. 119 et 120.

par les essais de codification²¹⁵, les instruments relatifs aux droits de l'homme et la pratique en la matière²¹⁶, les décisions judiciaires²¹⁷ et la doctrine. Il est difficile de donner un contenu ou une signification objectifs à la formule «retard abusif» comme d'essayer de fixer le délai dans lequel les recours internes doivent être menés à bien. Chaque espèce doit être jugée d'après les faits de la cause. Comme la Commission anglo-mexicaine des réclamations le déclarait dans l'affaire *El Oro Mining*:

«La Commission n'essayera pas de dire avec précision dans quel délai exactement un tribunal est censé rendre un jugement. Cela dépend nécessairement de plusieurs circonstances, au premier rang desquelles le volume de travail qu'implique un examen approfondi de l'affaire, en d'autres termes l'ampleur de cette dernière.»²¹⁸.

6) L'alinéa *b* dit clairement que le retard intervenant dans l'administration du recours est attribuable à l'État présumé responsable d'un préjudice causé à un étranger. La formule «administration du recours» est ici préférée à «recours internes», car elle est destinée à recouvrir la totalité du processus par lequel les recours internes sont exercés et menés à terme et les canaux par lesquels ils passent.

Alinéa *c*

7) L'exception à la règle de l'épuisement des recours internes qui figure à l'alinéa *a* du projet d'article 15 aux termes duquel il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsqu'il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles ou lorsqu'«[ils] n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une ... réparation [efficace]», ne couvre pas les situations dans lesquelles

²¹⁵ Voir l'analyse des premières tentatives de codification que *F. V. Garcia-Amador* faisait dans son premier rapport, *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 223 à 226; voir aussi l'article 19 2) du projet de Convention de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, élaboré par l'équipe Harvard Research on International Law, reproduit dans *A.J.I.L.*, vol. 55, 1961, p. 577.

²¹⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171 (art. 1^{er}, par. 1 c)); Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 46 2 c)); *Weinberger c. Uruguay*, communication 28/1978, Comité des droits de l'homme, *Sélection de décisions*, vol. 1, p. 59; *Las Palmeras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, *Decisions and Judgments*, n° 67, par. 38 (4 février 2000); *Erdoğan c. Turquie*, requête n° 19807/92, n° 84 A, Commission européenne des droits de l'homme (1996), *décisions et rapports*, p. 15.

²¹⁷ *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain) v. United Mexican States*, décision n° 55 du 18 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 198. Voir aussi affaire relative à l'*Administration du Prince von Pless*, exceptions préliminaires, 1933, *C.P.J.I. série A/B n° 52*, p. 4.

²¹⁸ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 198.

les recours internes pourraient offrir une possibilité raisonnable de réparation efficace, mais où il serait déraisonnable ou particulièrement injuste pour l'étranger lésé de vouloir les épuiser. Même dans les cas où il existe des recours internes efficaces, il serait déraisonnable et injuste d'exiger d'une personne lésée qu'elle les épuise quand, par exemple, son bien a souffert d'un dommage causé à l'environnement par la pollution, de retombées radioactives ou de la chute d'un objet spatial émanant d'un État où ce bien n'est pas situé; ou dans le cas où elle se trouve à bord d'un aéronef abattu alors qu'il survolait le territoire d'un autre État. En pareils cas, on a pu dire que les recours internes n'ont pas à être épuisés en raison de l'absence de lien volontaire ou de lien de rattachement territorial entre la personne physique lésée et l'État défendeur.

8) Certains auteurs font valoir que dans toutes les affaires où l'on a exigé que les recours internes soient épuisés, il y avait un certain lien entre l'individu lésé et l'État défendeur (présence physique volontaire, résidence, propriété d'un bien ou relation contractuelle avec l'État défendeur, par exemple)²¹⁹. Pour les tenants de cette thèse, la nature de la protection diplomatique et la règle de l'épuisement des recours internes ont beaucoup évolué depuis quelque temps. Si, à ses débuts, la protection diplomatique jouait essentiellement dans les situations où l'étranger résidant dans un État étranger et y exerçant une activité économique était lésé par l'action de cet État et pouvait donc être censé épuiser les recours internes au nom de l'idée que le national qui se rend à l'étranger doit normalement être obligé d'accepter le droit du pays hôte en l'état où il le trouve, y compris les voies de droit ouvertes pour la réparation de préjudices, une personne physique peut de nos jours être lésée par le fait d'un État étranger en dehors de son territoire ou par quelque acte accompli dans son territoire, alors même que la personne en question n'a aucun lien de rattachement avec ce territoire. On en trouve des exemples dans le dommage transfrontière causé à l'environnement (par exemple, l'explosion de la centrale nucléaire de Tchernobyl, près de Kiev, en Ukraine, en 1986, dont les retombées radioactives ont été ressenties jusqu'au Japon et en Scandinavie) et le fait d'abattre un aéronef qui s'était égaré dans l'espace aérien d'un État (comme dans l'affaire de l'*Incident aérien* où la Bulgarie avait abattu un appareil d'El Al qui avait accidentellement pénétré dans son espace aérien). Le fondement de cette règle d'un lien volontaire ou d'un lien de rattachement territorial réside dans le risque que l'étranger assume dans un État étranger. Ce n'est que dans les cas où l'étranger s'est

²¹⁹ Voir Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, p. 169; T. Meron, «The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies», *BYBIL*, vol. 35 (1959), p. 94.

volontairement placé sous la juridiction de l'État défendeur qu'il serait censé épuiser les recours internes.

9) Ni la jurisprudence ni la pratique des États ne fournissent d'indications bien nettes quant à l'existence d'une telle exception à la règle de l'épuisement des recours internes. Si l'on trouve des *dicta* penchant dans ce sens dans les affaires de l'*Interhandel*²²⁰ et *Salem*²²¹, il est d'autres affaires²²² où la règle de l'épuisement des recours internes a été jugée applicable malgré l'absence de lien volontaire entre l'étranger lésé et l'État défendeur. Tant dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*²²³ que dans celle de l'*Incident aérien (Israël c. Bulgarie)*²²⁴, des arguments percutants ont été avancés en faveur de la condition du lien volontaire, mais la Cour internationale ne s'est prononcée sur ce point ni dans l'une ni dans l'autre. Dans celle de la *Fonderie de Trail*²²⁵, affaire de pollution transfrontière dans laquelle il n'y avait ni lien volontaire, ni lien de rattachement territorial, le Canada n'avait pas insisté sur l'épuisement des recours internes. Cette affaire et d'autres²²⁶, dans lesquelles la règle de l'épuisement des recours internes avait été écartée en l'absence de lien volontaire, ont été interprétées comme venant au soutien du principe qui subordonne l'application de cette règle à la condition préalable d'une acceptation volontaire de juridiction. Or, le fait que l'on n'a pas entendu faire jouer la règle de l'épuisement des recours internes dans ces affaires peut s'expliquer autrement: il s'agissait d'un cas de préjudice direct où les recours internes n'ont pas à être épuisés, ou d'un cas où le compromis d'arbitrage ne l'exigeait pas.

²²⁰ La Cour internationale de Justice y disait ceci: «... il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens», *C.I.J. Recueil 1959*, p. 27. Pas d'italiques dans l'original.

²²¹ Dans l'affaire *Salem*, un tribunal arbitral avait déclaré: «En règle générale, un étranger doit reconnaître qu'il est lui-même justiciable des voies de droit instituées par le pays où il a bel et bien choisi de résider», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1202.

²²² *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, p. 1504; *Ambatielos*, p. 99.

²²³ Affaire relative à certains emprunts norvégiens (*France c. Norvège*), plaidoiries de la France, *C.I.J. Mémoires 1957*, vol. I, p. 408.

²²⁴ *Affaire relative à l'Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)* (Exceptions préliminaires), Plaidoiries d'Israël, *C.I.J. Mémoires 1959*, p. 531 et 532.

²²⁵ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1905.

²²⁶ L'affaire *Virginus*, rapportée dans J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. 2, 1906, p. 903; l'affaire *Jessie*, rapportée dans *A.J.I.L.*, vol. 16, 1922, p. 114 à 116.

10) Le terme «lien volontaire» n'a pas été utilisé à l'alinéa *c* pour définir cette exception, car il souligne l'intention subjective de la personne lésée plutôt que l'absence de lien objectivement déterminable entre cette personne et l'État d'accueil. Il serait difficile en pratique de prouver l'existence d'un tel critère subjectif. C'est pourquoi l'alinéa *c* exige un «lien pertinent», et non un lien volontaire, entre l'étranger lésé et l'État d'accueil. Ce lien doit être «pertinent» en ce sens qu'il doit se rattacher d'une manière ou d'une autre au préjudice subi. Le tribunal sera tenu d'examiner non seulement la question de savoir si la personne lésée était présente, résidait ou exerçait une activité économique sur le territoire du pays d'accueil, mais encore si, en l'occurrence, elle avait, par son comportement, assumé le risque d'être soumise à la justice de l'État d'accueil dans le cas où elle subirait un préjudice. Le mot «pertinent» est celui qui permet le mieux au tribunal d'examiner les éléments essentiels régissant la relation entre l'étranger lésé et l'État d'accueil dans le contexte du préjudice considéré en vue de déterminer si l'étranger lésé avait assumé ce risque. Il ne doit pas y avoir de «lieu pertinent» entre la personne lésée et l'État défendeur à la date du préjudice.

Alinéa *d*

11) L'alinéa *d* est conçu pour donner au tribunal le pouvoir de ne pas exiger que les recours internes aient été épuisés lorsque, étant donné les circonstances de l'espèce, il serait manifestement déraisonnable de s'attendre à ce que cette règle fût respectée. Cet alinéa, qui relève du développement progressif, doit être interprété de manière stricte, et il appartient à la personne lésée de prouver non seulement qu'il existe des obstacles et des difficultés sérieux s'agissant d'épuiser les recours internes mais qu'elle est «manifestement» empêchée d'exercer ces recours. On n'a pas tenté d'établir une liste exhaustive des facteurs susceptibles de constituer cette exception. Peuvent relever des circonstances dans lesquelles l'épuisement des recours internes est manifestement impossible le fait pour l'État défendeur d'empêcher la personne lésée d'entrer sur son territoire, soit en application de la loi soit par des menaces contre sa sécurité personnelle, l'empêchant ainsi de saisir les tribunaux internes, ou la situation dans laquelle des organisations criminelles dans l'État défendeur empêcheraient l'intéressé d'introduire une instance devant ces tribunaux. Bien que la personne lésée soit censée prendre à sa charge le coût des procès devant les tribunaux de l'État défendeur, ce coût peut, dans certaines circonstances,

être prohibitif et «empêcher manifestement» le respect de la règle de l'épuisement des recours internes²²⁷.

Alinéa e

12) Il peut arriver qu'un État soit prêt à renoncer à exiger l'épuisement des recours internes. Comme la règle a pour but de protéger les intérêts de l'État mis en cause par un étranger, cet État peut lui-même renoncer à cette protection. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a ainsi dit:

«Dans les affaires de ce type, conformément aux principes généralement reconnus du droit international et à la pratique internationale, la règle qui exige l'épuisement préalable des recours internes est établie au bénéfice de l'État, qu'elle dispense ainsi d'avoir à répondre devant un organe international des faits à lui imputés avant qu'il ait eu la possibilité d'y remédier par les voies internes. Cette exigence est donc considérée comme un moyen de défense pour l'État qui peut, par conséquent, y renoncer, ne serait-ce que tacitement.»²²⁸.

13) La renonciation à cette exigence de l'épuisement de recours internes peut revêtir bien des formes différentes. Elle peut figurer dans une convention bilatérale ou multilatérale conclue avant ou après la naissance du différend, ou dans un contrat entre l'étranger et l'État défendeur; elle peut être expresse ou implicite, ou encore être déduite du comportement de l'État défendeur dans des circonstances où l'on peut parler d'estoppel ou de déchéance du droit d'exiger l'épuisement des recours internes.

14) Une clause expresse de renonciation peut être insérée dans un compromis d'arbitrage spécialement conclu pour régler un différend déjà né ou dans un traité général prévoyant que les différends à naître dans l'avenir devront être réglés par voie d'arbitrage ou une autre forme de règlement international des différends. Elle pourra aussi figurer dans un contrat passé entre un État et un étranger. De l'avis général, une renonciation expresse est toujours valide.

²²⁷ Sur l'impact des coûts en matière d'épuisement des recours internes, voir *Loewen Group Inc v. United States of America*, par. 166.

²²⁸ Affaire *Government of Costa Rica (Viviana Gallardo et al.* du 13 novembre 1981), Cour interaméricaine des droits de l'homme, I.L.R., vol. 67, p. 587, par. 26, ainsi que *I.L.M.*, vol. 20, 1981, p. 1057. Voir aussi l'affaire *ELSI*, p. 42, par. 50; et les affaires *De Wilde, Ooms et Versyp* («Affaires du vagabondage»), Cour européenne des droits de l'homme, I.L.R., vol. 56, 1971, p. 370, par. 55.

La renonciation est désormais courante dans la pratique des États, et de nombreuses conventions d'arbitrage contiennent des clauses de renonciation. Le meilleur exemple en est sans doute l'article 26 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements, qui est ainsi conçu:

«Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant la renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.»

Il est généralement admis que les renonciations expresses, qu'elles figurent dans un accord entre des États ou dans un contrat entre un État et un étranger, sont irrévocables, même si le contrat est régi par le droit de l'État d'accueil²²⁹.

15) Il faut se garder d'admettre d'emblée qu'il y a implicitement renonciation à l'épuisement des recours internes. Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour internationale de Justice a dit à ce propos qu'elle

«ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée»²³⁰.

16) En revanche, lorsque l'intention des parties de renoncer à cette règle ne fait pas de doute, cette intention doit être respectée. Tant les décisions judiciaires²³¹ que la doctrine²³² confirment cette conclusion. Il n'est pas possible de poser de règle générale qui dise quand on peut admettre qu'il y a intention tacite de renoncer à l'épuisement des recours internes. Il faut le déterminer en chaque cas à la lumière des termes de l'instrument considéré et des circonstances dans

²²⁹ Affaire *Government of Costa Rica*, p. 587, par. 26; «Affaires du vagabondage», p. 370, par. 55.

²³⁰ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 42, par. 50.

²³¹ Voir, par exemple, *Steiner and Gross v. Polish State*, du 30 mars 1928, 1927-1928, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 4, p. 472; *American International Group Inc. v. Iran*, sentence n° 93-2-3 *Iran-U.S.C.T.R.*, vol. IV (1983), p. 96.

²³² Voir, par exemple, S. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (Cambridge, Grotius Publishers, 1987), p. 117 à 121.

lesquelles il a été adopté. Lorsque l'État défendeur a accepté de soumettre à l'arbitrage ses différends éventuels avec l'État demandeur, on peut considérer qu'un tel accord «n'implique pas la renonciation au droit d'exiger l'épuisement des recours internes lorsqu'une des parties contractantes endosse la réclamation de son national»²³³. L'existence en pareil cas d'une forte présomption à l'encontre de la renonciation implicite ou tacite a été confirmée par la Chambre de la Cour internationale de Justice qui a connu de l'affaire *ELSI*²³⁴. Il est sans doute plus facile d'admettre une renonciation implicite dans le cas d'un compromis d'arbitrage conclu après la naissance du différend en question. En pareil cas, on peut soutenir que la renonciation peut être considérée comme implicite si l'État défendeur a conclu avec l'État demandeur une convention d'arbitrage couvrant les différends relatifs au traitement des nationaux postérieurement au préjudice causé au national qui est l'objet du litige, dès lors que cette convention est muette sur le point de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes est maintenue ou non.

17) Bien que l'idée que la conduite suivie par l'État défendeur dans une procédure internationale puisse faire que cet État se trouve empêché d'exiger l'épuisement des recours internes bénéficie d'un certain soutien²³⁵, la Commission a préféré ne pas mentionner l'estoppel dans sa formulation de la règle régissant la renonciation, en raison de l'incertitude qui entoure la doctrine dite de l'estoppel en droit international. La Commission a jugé plus sage de laisser la possibilité de considérer comme une renonciation implicite le comportement dont on pourrait déduire une renonciation à l'exigence de l'épuisement des recours internes.

²³³ F. A. Mann, «State contracts and international arbitration», *BYBIL*, vol. 42 (1967), p. 32.

²³⁴ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15. Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la Cour permanente de Justice internationale avait jugé que l'acceptation de la clause facultative de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour ne valait pas renonciation implicite à la règle de l'épuisement des recours internes, 1939, *C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 19 (argument avancé par le juge van Eysinga dans une opinion dissidente, *ibid.*, p. 35 et 36).

²³⁵ Voir l'affaire *ELSI*, p. 44, par. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, sentence du 30 novembre 1992 (tribunal arbitral), *I.L.R.*, vol. 102, p. 285, par. 6.33; *Foti and others*, Arrêt du 10 décembre 1982 (*Fond*), *I.L.R.*, vol. 71, p. 380, par. 46.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 16

Actions ou procédures autres que la protection diplomatique

Les droits des États, des personnes physiques, des personnes morales ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice causé par un fait internationalement illicite ne sont pas affectés par le présent projet d'articles.

Commentaire

1) Les règles du droit international coutumier sur la protection diplomatique et les règles régissant la protection des droits de l'homme se complètent. Le présent projet d'articles ne vise donc pas à écarter ni à priver d'effet le droit des États, celui de l'État de nationalité d'une personne lésée et celui des autres États, de protéger cette personne en vertu soit du droit international coutumier, soit d'un traité multilatéral ou bilatéral relatif aux droits de l'homme. Il n'est pas non plus censé entraver le droit des personnes physiques et morales ou d'autres entités impliquées dans la protection des droits de l'homme d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

2) Un État peut protéger une personne lésée qui n'est pas son national contre l'État de nationalité ou contre un État tiers dans le cadre des procédures gouvernementales prévues par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques²³⁶, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale²³⁷, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants²³⁸, la Convention européenne des droits de l'homme²³⁹, la Convention américaine des droits de l'homme²⁴⁰ et la Charte

²³⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, art. 41.

²³⁷ Art. 11.

²³⁸ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85, art. 21.

²³⁹ Art. 24.

²⁴⁰ Art. 45.

africaine des droits de l'homme et des peuples²⁴¹. Les mêmes conventions permettent à un État de protéger ses nationaux dans le cadre de procédures gouvernementales. Le droit international coutumier permet en outre aux États de protéger les droits de non-nationaux au moyen de protestations, de négociations et, si un instrument juridictionnel les y autorise, dans le cadre d'une procédure judiciaire. L'opinion émise par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (1966)²⁴², selon laquelle un État ne peut engager une instance judiciaire pour protéger les droits de non-nationaux, doit être nuancée au regard des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁴³. L'article 48 1) b) de ce texte autorise un État autre que l'État lésé à invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble²⁴⁴, sans avoir à satisfaire aux conditions régissant l'exercice de la protection diplomatique²⁴⁵.

3) L'individu est aussi investi de droits et de recours pour se protéger contre l'État auteur du fait illicite, qu'il s'agisse de son État national ou d'un autre État, en vertu de conventions internationales relatives aux droits de l'homme. L'exercice de ce droit prend le plus souvent la forme d'une requête adressée à un organe international de suivi des droits de l'homme²⁴⁶.

4) Des droits individuels en vertu du droit international peuvent aussi naître en dehors du cadre des droits de l'homme. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a estimé que l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires «crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du Protocole de signature facultative, peuvent être

²⁴¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, p. 217, art. 47 à 54.

²⁴² *Deuxième phase*, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 6.

²⁴³ Commentaire de l'article 48, note 766.

²⁴⁴ Voir en outre l'opinion individuelle de M. Simma dans l'affaire des *Activités armées menées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *C.I.J. Recueil 2005*, par. 35 à 41.

²⁴⁵ L'article 48 1) b) n'est pas subordonné à l'article 44 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qui exige de l'État qui invoque la responsabilité d'un autre État qu'il se conforme aux règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes. Il n'est pas non plus subordonné au présent projet d'articles (voir E. Milano «Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition». *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2005), p. 103 à 108).

²⁴⁶ Voir, par exemple, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171; art. 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; art. 22 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *ibid.*, vol. 2131, p. 83.

invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité»²⁴⁷ et dans l'affaire *Avena*, la Cour a observé en outre «que toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque d'entraîner une violation des droits de l'État d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu»²⁴⁸. Une clause de sauvegarde a été insérée dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – l'article 33 – pour tenir compte de cette évolution²⁴⁹.

5) Les actions ou procédures visées dans le projet d'article 16 comprennent celles qui sont prévues par les traités relatifs aux droits de l'homme tant universels que régionaux ainsi que par tout autre traité pertinent. Le projet d'article 16 ne traite pas toutefois des recours internes.

6) Le droit d'exercer des recours autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite appartient normalement à un État, une personne physique ou morale, le terme «personne morale» désignant aussi bien les sociétés commerciales que les autres personnes morales du type envisagé dans le projet d'article 13. Toutefois, «d'autres entités juridiques» qui n'ont pas la personnalité juridique peuvent être investies du droit de formuler une réclamation pour un préjudice découlant d'un fait internationalement illicite. Les associations de victimes informellement constituées fournissent un exemple de telles «autres entités» auxquelles à l'occasion a été conférée la capacité d'agir devant les organes internationaux chargés de faire respecter les droits de l'homme. Des organes intergouvernementaux peuvent aussi, dans certaines circonstances, relever de cette catégorie; il en va de même des mouvements de libération nationale.

7) Le projet d'article 16 précise bien que le présent projet d'articles est sans préjudice du droit que peuvent avoir les États, les personnes physiques ou morales ou d'autres entités d'assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite par des procédures autres que la protection diplomatique. Néanmoins, lorsqu'un État a recours à de telles procédures, il n'abandonne pas nécessairement son droit d'exercer la protection diplomatique en

²⁴⁷ *La Grand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, p. 494, par. 77.

²⁴⁸ *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, p. 26, par. 40.

²⁴⁹ Cet article se lit comme suit: «La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État».

faveur d'une personne si celle-ci a sa nationalité ou est une personne visée dans le projet d'article 8.

Article 17

Règles spéciales du droit international

Le présent projet d'articles ne s'applique que dans la mesure où il est compatible avec des règles spéciales du droit international, telles que des dispositions conventionnelles relatives à la protection des investissements.

Commentaire

1) Certains traités, en particulier ceux qui concernent la protection des investissements étrangers, renferment des règles spéciales sur le règlement des différends qui excluent l'application des règles relatives à la protection diplomatique ou s'écartent sensiblement de celles-ci. Ils abandonnent ou assouplissent les conditions auxquelles l'exercice de la protection diplomatique est soumis, singulièrement les règles qui ont trait à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes. Les traités bilatéraux d'investissement et la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États en sont des exemples types.

2) De nos jours, les investissements étrangers sont en grande partie réglementés et protégés par des traités bilatéraux d'investissement²⁵⁰. Le nombre de traités bilatéraux d'investissement a considérablement augmenté ces dernières années et on l'estime aujourd'hui à près de 2 000. L'une des caractéristiques importantes du traité bilatéral d'investissement est qu'il prévoit une procédure de règlement des différends relatifs aux investissements. Certains d'entre eux permettent aux investisseurs de régler directement leur différend avec l'État hôte ou devant un tribunal spécial ou un tribunal établi par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. D'autres prévoient le règlement des différends relatifs aux investissements par la voie d'un arbitrage entre l'État de nationalité de l'investisseur (société ou actionnaire) et l'État hôte au sujet de l'interprétation ou de l'application de la disposition pertinente du traité bilatéral d'investissement visé. Les procédures de règlement des différends offertes par les traités bilatéraux d'investissement et

²⁵⁰ La Cour internationale de Justice l'a reconnu dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, p. 47, par. 90.

le CIRDI sont plus intéressantes pour l'investisseur étranger que le système de la protection diplomatique régi par le droit international coutumier car elles donnent directement accès à l'arbitrage international, permettent d'éviter l'incertitude politique inhérente à la nature discrétionnaire de la protection diplomatique et ignorent les conditions auxquelles est soumis l'exercice de la protection diplomatique²⁵¹.

3) Le projet d'article 17 indique clairement que le présent projet d'articles ne s'applique pas au régime spécial, parallèle, de protection des investisseurs étrangers prévu dans des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement. Il est formulé de telle manière que le projet d'articles ne s'applique pas «dans la mesure où» il est incompatible avec les dispositions d'un traité bilatéral d'investissement. Dans la mesure où il reste compatible avec le traité en question, il continue à s'appliquer.

4) Le projet d'article 17 renvoie aux «dispositions conventionnelles» et non aux «traités» car des traités autres que ceux spécialement conclus pour régler la protection des investissements, comme les traités d'amitié, de commerce et de navigation, peuvent régler cette protection.

Article 18

Protection des équipages des navires

Le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.

Commentaire

1) Le projet d'article 18 a pour but d'affirmer le droit du ou des États de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique à leur profit, tout en reconnaissant que l'État de nationalité du navire a aussi le droit de demander réparation à leur bénéfice, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés à cause d'un dommage causé au

²⁵¹ Selon l'article 27 1) de la Convention instituant le CIRDI: «Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend.»

navire par suite d'un fait internationalement illicite. Il est devenu nécessaire d'affirmer ce droit de l'État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice des membres de l'équipage d'un navire en vue d'exclure totalement l'idée que ce droit aurait été remplacé par celui de l'État de nationalité du navire. En même temps, force est de reconnaître le droit de l'État de nationalité du navire de demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage du navire. Bien que ce type de protection ne puisse être qualifiée de diplomatique puisque le lien de nationalité entre l'État du pavillon d'un navire et les membres de son équipage fait défaut, elle n'en présente pas moins une grande ressemblance avec la protection diplomatique.

2) La pratique des États, la jurisprudence et la doctrine²⁵² confirment que l'État de nationalité d'un navire (l'État du pavillon) peut demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage de ce navire qui n'ont pas sa nationalité. Il existe aussi des considérations de principe en faveur de cette démarche.

3) La pratique des États-Unis à ses débuts corrobore en particulier cette règle coutumière. En droit américain, les gens de mer étrangers avaient traditionnellement droit à la protection des États-Unis lorsqu'ils servaient à bord de navires américains. Dans l'optique américaine, dès qu'un marin prenait du service à bord d'un navire, la seule nationalité pertinente était celle de l'État du pavillon²⁵³. Les États-Unis ont traditionnellement réaffirmé ce statut unique des étrangers servant à bord de navires américains dans leurs communications diplomatiques et leurs règlements consulaires²⁵⁴. Des doutes ont néanmoins été exprimés, y compris par les États-Unis²⁵⁵, sur le point de savoir si cette pratique constituait la preuve de l'existence d'une règle coutumière²⁵⁶.

²⁵² H. Myers, *The Nationality of Ships*, 1967, p. 90 à 108; R. Dolzer, «Diplomatic Protection of Foreign Nationals» in *Encyclopaedia of Public International Law*, 1992, vol. 1, p. 1068; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2003), p. 460.

²⁵³ *Ross c. McIntyre*, 140 U.S. 453 (1891).

²⁵⁴ G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, 1942, vol. 3, p. 418, vol. 4, p. 883 et 884.

²⁵⁵ Communication du 20 mai 2003 à la Commission du droit international (archives de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, Organisation des Nations Unies).

²⁵⁶ Voir Arthur Watts, «The Protection of Alien Seamen», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 1958, p. 691.

4) Pour leur part, les sentences arbitrales internationales ne sont pas concluantes quant au droit d'un État d'étendre le bénéfice de sa protection à des marins qui n'ont pas sa nationalité, mais elles penchent en général plutôt pour que contre ce droit. Dans l'affaire *McCready (US) c. Mexico*, le surarbitre, Sir Edward Thornton, avait conclu comme suit: «Les marins en service dans la marine de guerre ou la marine marchande sous un drapeau qui n'est pas le leur ont droit, pendant la durée de ce service, à la protection du drapeau sous lequel ils servent»²⁵⁷. Dans l'affaire du «*I'm Alone*»²⁵⁸, née d'un incident au cours duquel un navire canadien avait été coulé par un garde-côtes américain, le Gouvernement canadien avait réclamé avec succès une indemnité au nom de trois membres étrangers de l'équipage, affirmant que lorsqu'une réclamation était formulée pour un navire, les membres de l'équipage devaient être réputés, aux fins de la réclamation, avoir la même nationalité que le navire. Dans l'avis consultatif rendu en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, deux des juges, dans leurs opinions dissidentes, ont reconnu le droit d'un État d'exercer sa protection au bénéfice des membres étrangers d'un équipage²⁵⁹.

5) En 1999, le Tribunal international du droit de la mer a rendu sa décision en l'affaire du navire «*Saiga*» (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*)²⁶⁰, qui retient le droit de l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice des membres étrangers de l'équipage. Le différend dans cette affaire était né de l'arraisonnement et l'immobilisation du *Saiga* par la Guinée, alors qu'il avitailait en carburant des navires de pêche qui se trouvaient au large des côtes de Guinée. Le *Saiga* était immatriculé à Saint-Vincent-et-les Grenadines («Saint-Vincent»), et son capitaine ainsi que son équipage étaient de nationalité ukrainienne. Il y avait aussi trois travailleurs sénégalais à bord au moment de l'arraisonnement. Après avoir arraisonné le navire, la Guinée l'avait immobilisé et avait placé l'équipage en détention. Dans la procédure engagée devant le Tribunal international du droit de la mer, la Guinée a contesté la recevabilité de la demande, au motif, entre autres, que les membres de l'équipage lésés n'avaient pas la nationalité de Saint-Vincent. Le Tribunal a écarté ces exceptions d'irrecevabilité et jugé que la Guinée avait porté atteinte aux droits de Saint-Vincent en arraisonnant et en immobilisant

²⁵⁷ J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, p. 2536.

²⁵⁸ *A.J.I.L.*, vol. 29, 1935, p. 326.

²⁵⁹ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 202 et 203 (M. Hackworth) et p. 206 et 207 (M. Badawi Pacha).

²⁶⁰ Arrêt, *T.I.D.M. Recueil 1999*, p. 10.

le navire et en plaçant son équipage en détention. Il a ordonné à la Guinée de payer une indemnité à Saint-Vincent en réparation des dommages causés au *Saiga* et du préjudice subi par son équipage.

6) Bien que le Tribunal ait considéré que ce différend concernait essentiellement un préjudice directement causé à Saint-Vincent²⁶¹, son raisonnement donne à penser qu'il y a également vu une affaire de protection de l'équipage s'apparentant à une protection diplomatique tout en différant de celle-ci. La Guinée a clairement contesté la recevabilité de la réclamation concernant l'équipage au motif qu'elle relevait de l'exercice de la protection diplomatique pour le compte de non-nationaux de Saint-Vincent²⁶². Saint-Vincent, tout aussi clairement, a soutenu qu'il avait le droit de protéger l'équipage d'un navire battant son pavillon «quelle que [fût] leur nationalité»²⁶³. En écartant l'exception de la Guinée, le Tribunal a dit que la Convention sur le droit de la mer²⁶⁴, dans un certain nombre de dispositions pertinentes, dont l'article 292, ne faisait aucune distinction entre nationaux et non-nationaux de l'État du pavillon²⁶⁵. Il a souligné que «le navire, tout ce qui se trouv[ait] sur le navire et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité [étaient] considérés comme une entité liée à l'État du pavillon. La nationalité de ces personnes était sans intérêt»²⁶⁶.

7) Il y a de puissantes raisons de principe de permettre à l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice de l'équipage d'un navire. C'est ce que le Tribunal du droit de la mer a reconnu dans l'affaire du *Saiga* lorsqu'il a appelé l'attention sur «la composition changeante et multinationale des équipages de navires» et dit que les navires de fort tonnage pouvaient «avoir un équipage composé de membres représentant plusieurs nationalités. Si chacune des personnes ayant subi un préjudice devait se trouver dans l'obligation de rechercher une protection auprès de l'État dont elle a la nationalité, il s'ensuivrait des difficultés injustifiées»²⁶⁷. Il ne faut pas

²⁶¹ Ibid., par. 98.

²⁶² Ibid., par. 103.

²⁶³ Ibid., par. 104.

²⁶⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, p. 3.

²⁶⁵ Arrêt, *T.I.D.M. Recueil 1999*, par. 105.

²⁶⁶ Ibid., par. 106.

²⁶⁷ Ibid., par. 107.

négliger les considérations pratiques relatives à la présentation de réclamations. Il est beaucoup plus facile et beaucoup plus rationnel qu'un seul État demande réparation pour le compte de tous les membres de l'équipage que d'exiger de tous leurs États de nationalité qu'ils présentent séparément des réclamations au nom de leurs nationaux.

8) Le droit de l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage du navire bénéficie d'un appui substantiel et justifié. Il ne saurait pour autant être rangé dans la même catégorie que la protection diplomatique, pas plus qu'il ne devrait être considéré comme l'ayant remplacée. La protection diplomatique exercée par l'État de nationalité et le droit de l'État du pavillon de demander réparation au nom de l'équipage devraient tous deux être reconnus sans que l'un ou l'autre se voie accorder la priorité. Les équipages de navires sont souvent exposés à des difficultés émanant de l'État du pavillon, sous forme de mauvaises conditions de travail, ou d'État tiers, en cas d'arraisonnement du navire. Dans ces cas-là, ils devraient bénéficier du maximum de protection que le droit international peut offrir.

9) Le droit de l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice de l'équipage n'est pas limité à la réparation au préjudice subi lorsqu'un préjudice a été causé au navire ou à cette occasion mais s'étend au préjudice subi en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite, c'est-à-dire au préjudice découlant du préjudice causé au navire. Ainsi, ce droit naîtrait si les membres de l'équipage étaient illégalement arrêtés et détenus après l'arraisonnement illicite du navire lui-même.

Article 19

Pratique recommandée

Un État en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait:

- a) Prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé;
- b) Tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer; et
- c) Transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables.

Commentaire

1) Il existe certaines pratiques des États dans le domaine de la protection diplomatique qui n'ont pas encore acquis le statut de règles coutumières et qui ne peuvent être transformées en règles juridiques dans le cadre du développement progressif du droit. Ces pratiques sont néanmoins souhaitables, et elles constituent des attributs nécessaires de la protection diplomatique, renforçant celle-ci en tant qu'instrument de protection des droits de l'homme et des investissements étrangers. Ces pratiques sont recommandées aux États dans l'exercice de la protection diplomatique dans le projet d'article 19, aux termes duquel l'État «devrait» suivre certaines pratiques. Les recommandations, par opposition aux prescriptions, ne sont pas étrangères au droit conventionnel, même si l'on ne peut dire qu'elles sont fréquentes dans les traités²⁶⁸.

2) L'alinéa *a* recommande aux États de prendre en considération la possibilité d'exercer leur protection diplomatique au bénéfice d'un national qui a subi un préjudice important. La protection des droits de l'homme au moyen du droit international est aujourd'hui l'un des objectifs principaux de l'ordre juridique international, comme l'a réaffirmé le Document final du Sommet mondial de 2005 adopté par l'Assemblée générale le 24 octobre 2005²⁶⁹. Cette protection peut être mise en œuvre par de nombreux moyens, y compris la protection consulaire, le recours aux mécanismes institués par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, l'action pénale, l'action du Conseil de sécurité et d'autres organes internationaux, et la protection diplomatique. La procédure ou le recours le plus susceptible d'atteindre le but recherché, c'est-à-dire assurer une protection efficace, est nécessairement fonction des circonstances de chaque affaire. Lorsque la protection de nationaux étrangers est en jeu, la protection diplomatique est un recours évident que les États devraient prendre dûment en considération. C'est après tout le recours qui a la plus longue histoire, et son efficacité est attestée. L'alinéa *a*

²⁶⁸ Le paragraphe 3 de l'Article 36 de la Charte des Nations Unies, par exemple, dispose que lorsqu'il recommande des procédures appropriées pour le règlement des différends, «le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique *devraient* être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour» (pas d'italiques dans l'original). Les conventions sur le droit de la mer utilisent également le mot «devrait». L'article 3 de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 450, p. 11, dispose que «pour jouir des libertés de la mer à l'égal des États riverains de la mer, les États dépourvus de littoral *devraient* accéder librement à la mer» (pas d'italiques dans l'original). Voir également les articles 27, 28, 43 et 123 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982.

²⁶⁹ A/RES/60/1, par. 119 et 120 et 138 à 140.

du projet d'article 19 vient rappeler aux États qu'ils devraient envisager la possibilité de recourir à cette procédure.

3) L'État n'est pas tenu, en droit international, d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un national qui a été lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État. Le caractère discrétionnaire du droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique est confirmé par le projet d'article 2 du présent projet d'articles et a été reconnu par la Cour internationale de Justice²⁷⁰ et les tribunaux nationaux²⁷¹, comme exposé dans le commentaire du projet d'article 2. Malgré cela, l'idée que les États ont une obligation, aussi imparfaite soit-elle, soit en vertu du droit international soit en vertu du droit interne, de protéger leurs nationaux à l'étranger lorsque ceux-ci sont victimes d'importantes violations des droits de l'homme bénéficie d'un appui croissant. La constitution de nombreux États reconnaît le droit de l'individu de bénéficier de la protection diplomatique lorsqu'il subit un préjudice à l'étranger²⁷², droit qui doit s'accompagner de l'obligation correspondante de l'État d'exercer sa protection. De plus, un certain nombre de décisions de tribunaux internes indiquent que si l'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire s'agissant d'exercer ou non sa protection diplomatique, une obligation dont les tribunaux judiciaires peuvent connaître s'impose à lui de faire quelque chose pour aider ses nationaux, obligation qui peut comprendre l'obligation de prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique²⁷³. Dans l'affaire *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa*, la Cour constitutionnelle sud-africaine a déclaré ce qui suit:

«L'État est peut-être tenu, par l'effet de ses obligations de droit international, d'agir pour protéger son national contre une violation flagrante des normes internationales en matière de droits de l'homme. Une demande d'aide adressée à l'État dans une situation où les éléments de preuve sont clairs serait difficile, voire dans les cas extrêmes impossible, à rejeter. Il est peu probable qu'une telle demande soit jamais rejetée par un gouvernement,

²⁷⁰ Affaire de la *Barcelona Traction*, p. 44.

²⁷¹ Voir, par exemple, *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (2002), EWCA Civ. 1598; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa* (2005) (4) South African Law Reports 235 (CC), *I.L.M.*, vol. 44 (2005), p. 173.

²⁷² Voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique, document A/CN.4/506, p. 24.

²⁷³ Affaire *Rudolf Hess*, I.L.R., vol. 90, p. 392 et 396; *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (2002) EWCA Civ. 1598 et I.L.R. vol. 125, p. 685, par. 69, 79, 80, 82 et 83 et 107 et 108. Voir, d'une manière générale, A. Vermeer-Künzli «Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection» dans *Nordic Journal of International Law*, vol. 75 (2006), p. 93.

mais si elle l'était, la justice pourrait être saisie de la décision de rejet et un tribunal ordonnerait au gouvernement de prendre les mesures voulues.»²⁷⁴.

Ceci étant, on peut penser raisonnablement que le droit international admet déjà, à la charge de l'État, l'existence d'une obligation d'envisager la possibilité d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un de ses nationaux qui a subi un préjudice important à l'étranger. Si le droit international coutumier n'a pas encore atteint ce stade de développement, alors l'alinéa *a* du projet d'article 19 doit être considéré comme relevant du développement progressif.

4) L'alinéa *b* dispose que l'État «devrait», dans l'exercice de la protection diplomatique, «tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer». En pratique, les États qui exercent leur protection diplomatique tiennent effectivement compte des conséquences morales et matérielles du préjudice causé à l'intéressé lorsqu'ils évaluent les indemnités à réclamer²⁷⁵. Pour faire cela, il leur est à l'évidence nécessaire de consulter ce dernier. Il en est de même s'agissant de décider de la forme de la réparation qui sera demandée – satisfaction, restitution ou indemnisation. Ceci a amené certains auteurs à affirmer que la recommandation figurant à l'alinéa *b* du projet d'article 19 était déjà une règle du droit international coutumier²⁷⁶. Si tel n'est pas le cas, l'alinéa *b* du projet d'article 19 doit lui aussi être considéré comme relevant du développement progressif.

5) L'alinéa *c* dispose que les États devraient transférer à la personne lésée toute indemnisation obtenue de l'État responsable pour le préjudice causé à cette personne. Cette recommandation vise à conforter l'opinion largement répandue selon laquelle les États jouissent d'un pouvoir discrétionnaire absolu en la matière et ne sont pas tenus de transférer à leur national lésé les sommes obtenues dans l'exercice de la protection diplomatique. Cette opinion trouve son origine dans l'arrêt *Mavrommatis* et un certain nombre de décisions judiciaires. D'après la règle établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, l'État qui exerce sa

²⁷⁴ 2005 (4) *South African Law Reports* 235 (CC); *I.L.M.*, vol. 44 (2005), p. 173, par. 69.

²⁷⁵ *Affaire relative à l'usine de Chorzow (Fond)*, C.P.J.I. série A n° 17, p. 28; opinion individuelle du juge Morelli dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, C.I.J. Recueil 1970, p. 223.

²⁷⁶ B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (Paris, Pédone, 1973), p. 98; L. Dubois, «La distinction entre le droit de l'État réclameur et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique», *Revue critique de droit international privé* (1978), p. 615 et 624.

protection diplomatique fait valoir son droit propre et devient le «seul plaideur»²⁷⁷. La logique veut donc qu'il ne soit assujéti à aucune restriction, dans l'intérêt de l'individu concerné, pour ce qui est du règlement de la réclamation ou du versement de l'indemnisation éventuellement reçue. L'arrêt *Barcelona Traction*²⁷⁸ a confirmé que dans l'exercice de sa protection diplomatique, l'État jouissait d'une «liberté d'action totale». Bien que la logique de la règle *Mavrommatis* soit battue en brèche par la pratique consistant à calculer le montant de l'indemnité demandée d'après le préjudice subi par la personne lésée²⁷⁹, en vertu de ce qui serait une règle du droit international coutumier²⁸⁰, l'opinion persiste que l'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu, s'agissant d'affecter l'indemnité reçue. C'est ce qu'illustre le dictum du surarbitre Parker dans la *Décision administrative n° V* de la Commission mixte des réclamations États-Unis-Allemagne:

«En exerçant ce contrôle, la nation est gouvernée non seulement par l'intérêt du particulier requérant mais aussi par les intérêts plus larges de l'ensemble de sa population et doit exercer un pouvoir discrétionnaire illimité lorsqu'elle détermine quant et comment la réclamation sera présentée et défendue, ou sera retirée ou fera l'objet d'un compromis, et le propriétaire privé sera lié par l'action engagée. *Même si une somme est versée à titre de dommages-intérêts à la nation qui a fait sienne la réclamation, la nation a la maîtrise totale des fonds ainsi payés et détenus par elle et peut, pour prévenir toute fraude, corriger une faute ou protéger l'honneur national, décider de rendre les fonds à la nation qui les a versés ou en disposer autrement.*»²⁸¹.

On trouve des déclarations similaires dans un certain nombre de décisions judiciaires anglaises²⁸² et certains considèrent qu'elles décrivent exactement le droit international²⁸³.

²⁷⁷ C.P.J.I. 1924, série A n° 2, p. 2.

²⁷⁸ C.I.J. Recueil 1970, p. 44.

²⁷⁹ *Affaire relative à l'usine de Chorzow (Fond)* 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 28.

²⁸⁰ Voir les auteurs cités, note 276 ci-dessus.

²⁸¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 152 (pas d'italiques dans l'original).

²⁸² *Civilian War Claimants Associations v. R* [1932] AC p. 14; *Lonrho Exports Ltd. v. Export Credits Guarantee Department* [1996] 4 All E.R., p. 687.

²⁸³ American Law Institute, *Restatement of the Law* (Third), Foreign Law for the United States (1987), par. 902, p. 348 et 349; *Distribution of the Aslop Award*, Opinion de J. Reuben Clark, Département d'État, cité dans

6) Il n'est pas du tout certain que la pratique des États soit conforme à ce point de vue. D'une part, les États acceptent des indemnités forfaitaires en règlement de multiples réclamations individuelles, ce qui fait qu'en pratique les individus concernés reçoivent considérablement moins que ce qui a été réclamé²⁸⁴. D'autre part, certains États ont pris des mesures législatives pour assurer une répartition équitable des indemnités reçues entre les divers réclamants. De plus, il est attesté qu'en pratique les États versent effectivement à leurs nationaux lésés les sommes reçues dans l'exercice de la protection diplomatique au profit de ces derniers. Dans la *Décision administrative n° V*, le surarbitre Parker a déclaré:

«Mais lorsqu'une demande est présentée pour le compte d'un ressortissant qualifié et qu'une décision est rendue et un paiement effectué conformément à la demande précise, les fonds ainsi versés ne sont pas des fonds nationaux au sens où le titre de paiement habilite la nation le recevant libre de toute obligation à en informer le particulier requérant, pour le compte duquel la réclamation a été présentée et payée et qui en est le réel propriétaire. On retrouve des déclarations générales et inexactes susceptibles d'être interprétées de cette manière dans des affaires où un paiement ou une somme forfaitaire a été versé à la nation requérante pour plusieurs réclamations qu'elle a présentées et lorsque le tribunal rendant la décision n'a pas décidé de se prononcer sur chacune des réclamations ou d'attribuer un montant déterminé pour chaque demande... On pense qu'il n'existe aucun cas dans lequel, à la suite d'une décision rendue par un tribunal international en faveur d'une nation ayant présenté une réclamation pour le compte d'un ressortissant qualifié, la nation recevant ce paiement a, en l'absence de fraude ou de faute, hésité à informer ledit ressortissant ou ses ayants droit du montant intégral des dommages-intérêts perçus. En ce qui concerne les États-Unis, il semble que le Congrès a traité les fonds versés à la nation à la suite de l'acceptation de réclamations précises comme étant retenus "en dépôt pour le compte de citoyens des États-Unis ou d'autres pays".»²⁸⁵.

Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5, p. 766; B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, p. 108.

²⁸⁴ W. K. Geck «Diplomatic Protection» dans *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, p. 1058; D. Bederman «Interim Report on "Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection"» Association de droit international, rapport de la soixante-dixième Conférence, tenue à New Dehli (2002), p. 230; R. Lillich «The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973» (1975) *A.J.I.L.*, vol. 69, p. 534; R. Lillich & B. Weston *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1975).

²⁸⁵ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 152.

La doctrine confirme que telle est bien la pratique des États²⁸⁶. On peut trouver d'autres preuves de l'érosion du pouvoir discrétionnaire de l'État dans les sentences des tribunaux arbitraux, qui prescrivent comment les indemnités doivent être réparties²⁸⁷. De plus, en 1994, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé en l'affaire *Beaumartin c. France*²⁸⁸ qu'un accord international prévoyant des indemnités pouvait créer un droit à indemnisation au profit des personnes lésées.

7) L'alinéa *c* reconnaît qu'il ne serait pas inconvenant qu'un État opère des déductions raisonnables de l'indemnisation transférée aux personnes lésées. La justification la plus évidente d'une telle mesure serait qu'elle permettrait à l'État de recouvrer les sommes déboursées au titre des démarches qu'il a effectuées pour obtenir une indemnisation pour le compte de ses nationaux, ou de recouvrer le coût des biens et services qu'il leur a fournis.

8) Bien que les législations nationales, la jurisprudence et la doctrine révèlent une tendance à limiter le droit absolu de l'État de ne pas reverser aux personnes lésées les sommes perçues à titre d'indemnités, ceci ne constitue probablement pas une pratique établie. Les États qui limitent leur liberté de disposer comme ils l'entendent des indemnités reçues n'ont pas quant à eux le sentiment d'obéir à une obligation. En revanche, l'intérêt général, l'équité et le respect des droits de l'homme militent en faveur d'une limitation du pouvoir discrétionnaire de l'État en la matière. C'est dans ce contexte que l'alinéa *c* du projet d'article 19 a été adopté. Bien qu'il relève du développement progressif, il est étayé par la pratique des États et l'équité.

²⁸⁶ W. K. Geck «Diplomatic Protection» dans *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, p. 1057; F. V. Garcia-Amador, Louis B. Sohn et R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of the State Responsibility for Injuries to Aliens* (Dobbs Ferry, N. Y., Oceana Publishers, 1974), p. 151.

²⁸⁷ Voir Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, p. 109.

²⁸⁸ Affaire n° 15287/89 [1994] Cour européenne des droits de l'homme, 40.

CHAPITRE V

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL (RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE EN CAS DE PERTE CAUSÉE PAR UN DOMMAGE TRANSFRONTIÈRE DÉCOULANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES)

A. Introduction

51. À sa trentième session en 1978, la Commission a inscrit à son programme de travail le sujet intitulé «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international», et désigné M. Robert Q. Quentin-Baxter Rapporteur spécial²⁸⁹.
52. De sa trente-deuxième session en 1980 à sa trente-sixième session en 1984, la Commission a reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial. Dans le cinquième rapport, celui-ci proposait cinq projets d'articles, mais aucune décision n'a été prise sur leur renvoi au Comité de rédaction²⁹⁰.
53. À sa trente-septième session en 1985, la Commission a désigné M. Julio Barboza Rapporteur spécial pour le sujet, et de sa trente-septième session en 1985 à sa quarante-huitième

²⁸⁹ À cette session, la Commission a créé un groupe de travail chargé d'examiner, à titre préliminaire, la portée et la nature du sujet. Pour le rapport du Groupe de travail, voir *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 167 à 169.

²⁹⁰ Pour les cinq rapports du Rapporteur spécial, voir: *Annuaire ... 1980*, vol. II (première partie), p. 243, document A/CN.4/334 et Add.1 et 2 (premier rapport); *Annuaire ... 1981*, vol. II (première partie), p. 107, document A/CN.4/346 et Add.1 et 2 (deuxième rapport); *Annuaire ... 1982*, vol. II (première partie), p. 61, document A/CN.4/360 (troisième rapport); *Annuaire ... 1983*, vol. II (première partie), p. 209, document A/CN.4/373 (quatrième rapport); *Annuaire ... 1984*, vol. II (première partie), p. 161, document A/CN.4/383 et Add.1 (cinquième rapport). Dans ces rapports, le Rapporteur spécial s'efforçait d'établir la base théorique du sujet, proposait une ébauche de plan et présentait cinq projets d'articles. L'ébauche de plan figurait dans le troisième rapport (1982). En 1984, la Commission était également saisie des réponses à un questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait envoyé en 1983 à 16 organisations internationales choisies à cet effet afin de déterminer, entre autres choses, dans quelle mesure les obligations que les États avaient les uns envers les autres et dont ils s'acquittaient en tant que membres d'organisations internationales pouvaient correspondre ou suppléer à certaines des procédures envisagées dans l'ébauche de plan, *Annuaire ... 1984*, vol. II (première partie), p. 135, document A/CN.4/378. Elle était saisie en outre d'un document du secrétariat intitulé «Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international», *Annuaire ... 1985*, vol. II (première partie), Additif, document A/CN.4/384. Voir aussi «Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet intitulé "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international"», *Annuaire ... 1995*, vol. II (première partie), document A/CN.4/471.

session en 1996, elle a reçu et examiné 12 rapports du nouveau Rapporteur spécial²⁹¹. Pendant cette période, la Commission a créé en outre deux groupes de travail, l'un en 1992, qui était chargé d'examiner certaines questions d'ordre général touchant la portée et l'orientation des travaux futurs sur le sujet, ainsi que l'approche à adopter à cet égard²⁹², et l'autre en 1996, qui était chargé d'examiner le sujet sous tous ses aspects, à la lumière des rapports du Rapporteur spécial et des débats que la Commission avait tenus au fil des années, et de formuler des recommandations à l'attention de celle-ci. Le deuxième groupe de travail a soumis un rapport qui brossait un tableau complet du sujet, traitant du principe de prévention et de l'obligation d'accorder une indemnisation ou autre réparation et présentant des articles assortis de commentaires²⁹³.

54. À sa quarante-neuvième session en 1997, la Commission, sur la base des recommandations formulées par un groupe de travail chargé d'examiner la manière dont elle devait poursuivre ses travaux sur le sujet²⁹⁴, a décidé d'examiner d'abord la question de la prévention sous le sous-titre «Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses» et a nommé M. Pemmaraju Sreenivasa Rao Rapporteur spécial pour le sujet²⁹⁵. De sa cinquantième session

²⁹¹ Pour les 12 rapports du Rapporteur spécial, voir: *Annuaire ... 1985*, vol. II (première partie), p. 97, document A/CN.4/394 (premier rapport); *Annuaire ... 1986*, vol. II (première partie), p. 149, document A/CN.4/402 (deuxième rapport); *Annuaire ... 1987*, vol. II (première partie), p. 49, document A/CN.4/405 (troisième rapport); *Annuaire ... 1988*, vol. II (première partie), p. 253, document A/CN.4/413 (quatrième rapport); *Annuaire ... 1989*, vol. II (première partie), p. 145, document A/CN.4/423 (cinquième rapport); *Annuaire ... 1990*, vol. II (première partie), p. 87, document A/CN.4/428 (sixième rapport); *Annuaire ... 1991*, vol. II (première partie), p. 73, document A/CN.4/437 (septième rapport); *Annuaire ... 1992*, vol. II (première partie), p. 61, document A/CN.4/443 (huitième rapport); *Annuaire ... 1993*, vol. II (première partie), document A/CN.4/450 (neuvième rapport); *Annuaire ... 1994*, vol. II (première partie); documents A/CN.4/459 (dixième rapport), A/CN.4/468 (onzième rapport) et A/CN.4/475 et Add.1 (douzième rapport).

²⁹² *Annuaire ... 1992*, vol. II (deuxième partie), par. 281. Sur la base de la recommandation du Groupe de travail, la Commission a décidé, à sa 2282^e séance, le 8 juillet 1992, de poursuivre les travaux sur le sujet en procédant par étapes, à savoir: commencer par mener à bien les travaux sur la prévention du dommage transfrontière et passer ensuite aux mesures correctives. Étant donné l'ambiguïté de l'intitulé du sujet, la Commission a décidé de conserver l'hypothèse de travail selon laquelle le sujet concernait des «activités» et de remettre à plus tard toute modification formelle du titre, *ibid.*, par. 341 à 349. Pour une recommandation détaillée de la Commission, voir *ibid.*, ... 1995, chap. V.

²⁹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, annexe.

²⁹⁴ *Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 162 à 165.

²⁹⁵ *Ibid.*, par. 168. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 7 de sa résolution 52/156.

en 1998 à sa cinquante-deuxième session en 2000, la Commission a reçu et examiné trois rapports du Rapporteur spécial²⁹⁶.

55. À sa cinquantième session en 1998, la Commission a adopté en première lecture 17 projets d'articles concernant la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses²⁹⁷. À sa cinquante-troisième session en 2001, elle a adopté le texte final d'un projet constitué d'un préambule ainsi que de 19 articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses²⁹⁸, concluant ainsi son travail sur la première partie du sujet. La Commission a également recommandé à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base de ce projet d'articles.

56. À sa cinquante-quatrième session en 2002, la Commission a repris l'examen de la seconde partie du sujet et, sur la recommandation d'un groupe de travail chargé d'établir l'ébauche conceptuelle du sujet²⁹⁹, a désigné M. Pemmaraju Sreenivasa Rao Rapporteur spécial pour le sujet, sous le sous-titre «Responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses»³⁰⁰.

57. De sa cinquante-cinquième session en 2003 à sa cinquante-sixième session en 2004, la Commission a reçu et examiné deux rapports du Rapporteur spécial³⁰¹. Pendant cette période, elle a en outre créé deux groupes de travail, l'un en 2003, qui était chargé d'aider le Rapporteur spécial à réfléchir sur l'orientation future du sujet à la lumière de son rapport et des débats qui auraient eu lieu à la Commission, et l'autre en 2004, qui était chargé d'examiner les propositions

²⁹⁶ A/CN.4/487 et Add.1 (premier rapport); A/CN.4/501 (deuxième rapport) et A/CN.4/510 (troisième rapport). La Commission était également saisie des commentaires et des observations des gouvernements (A/CN.4/509 et A/CN.4/516), ces dernières ayant été reçues en 2001.

²⁹⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, par. 52.

²⁹⁸ *Ibid.*, cinquante-sixième session, *Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 97.

²⁹⁹ Au paragraphe 3 de sa résolution 56/82, l'Assemblée générale a prié la Commission de reprendre l'examen du volet «responsabilité», en tenant compte des liens entre les volets «prévention» et «responsabilité», de l'évolution du droit international et des observations des gouvernements.

³⁰⁰ *Ibid.*, cinquante-septième session, *Supplément n° 10 (A/57/10)*, par. 441. Le rapport du Groupe de travail exposait quelques idées de départ sur le sujet intitulé «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international» (Responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) et présentait des vues sur la portée de l'exercice ainsi que sur les méthodes qui pourraient être suivies.

³⁰¹ A/CN.4/531 (premier rapport) et A/CN.4/540 (deuxième rapport).

du Rapporteur spécial, en tenant compte des débats qui auraient eu lieu à la Commission, et de recommander des projets de principes prêts à être renvoyés au Comité de rédaction, tout en poursuivant l'examen d'autres questions, notamment la forme que devait prendre le résultat des travaux sur le sujet. À sa 2815^e séance, le 9 juillet 2004, la Commission a entendu le rapport oral du Président du Groupe de travail et a décidé de renvoyer huit projets de principes proposés par le Groupe de travail au Comité de rédaction, en priant celui-ci d'élaborer en outre le texte d'un préambule.

58. Toujours à sa cinquante-sixième session, en 2004, la Commission a adopté en première lecture un ensemble de huit projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses et a décidé, en application des articles 16 et 21 de son statut, de transmettre les projets de principes, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en leur demandant de faire parvenir lesdits commentaires et observations au Secrétaire général le 1^{er} janvier 2006 au plus tard.

B. Examen du sujet à la présente session

59. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/566). Elle était également saisie des commentaires et observations reçus des gouvernements (A/CN.4/562 et Add.1). La Commission a examiné le rapport de sa 2872^e séance à sa 2875^e séance, les 9, 10, 11 et 12 mai 2006, et à sa 2875^e séance, elle a décidé de renvoyer les projets de principes adoptés en 2004 en première lecture au Comité de rédaction pour une deuxième lecture tenant compte des vues exprimées à la Commission et des commentaires et observations reçus des gouvernements.

60. À sa 2882^e séance, le 2 juin 2006, la Commission a reçu et examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.686) et a adopté en deuxième lecture le texte du préambule et un ensemble de huit projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses.

61. À ses 2909^e et 2910^e séances, le 8 août 2006, la Commission a adopté les commentaires des projets de principes susmentionnés.

62. En application de son statut, la Commission soumet le projet de préambule et les projets de principes à l'Assemblée générale, accompagnés de la recommandation ci-après.

C. Recommandation de la Commission

63. À sa 2910^e séance, le 8 août 2006, la Commission a rappelé qu'à sa quarante-neuvième session, en 1997, elle avait décidé de subdiviser l'examen du sujet en deux parties; qu'à sa cinquante-troisième session, en 2001, elle avait complété la première partie de ses travaux sur le sujet³⁰² et recommandé à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base des projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses³⁰³. Cette recommandation était basée sur l'avis de la Commission selon lequel, en tenant compte de la pratique étatique existante, la première partie du sujet se prêtait à la codification et au développement progressif au moyen d'une convention. L'adoption par la Commission des projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses complète la seconde partie du traitement du sujet, concluant par là le travail de la Commission sur le sujet «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international». Conformément à l'article 23 de son statut, la Commission, en ce qui concerne cette seconde partie du traitement du sujet, recommande à l'Assemblée générale d'entériner les projets de principes sous la forme d'une résolution et de prier instamment les États d'agir aux niveaux national et international afin de mettre en œuvre lesdits principes.

D. Hommage au Rapporteur spécial

64. À sa 2910^e séance, le 8 août 2006, la Commission, après avoir adopté le texte du préambule et des projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, a adopté la résolution suivante par acclamation:

«La Commission du droit international,

Ayant adopté le projet de préambule et les projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses,

Exprime à M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Rapporteur spécial, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée, grâce

³⁰² Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), par. 91.

³⁰³ Ibid., par. 94 et 97.

à son dévouement et à ses efforts inlassables, à l'élaboration du projet de préambule et des projets de principes, et pour les résultats qu'il a obtenus dans l'élaboration du projet de préambule et des projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses.».

65. La Commission a également exprimé sa profonde gratitude aux précédents Rapporteurs spéciaux, M. Robert Q. Quentin-Baxter et M. Julio Barboza, pour leur contribution exceptionnelle aux travaux sur ce sujet.

E. Texte des projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses

1. Texte des projets de principes

66. Le texte des projets de principes adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session est reproduit ci-après.

Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses

L'Assemblée générale,

Réaffirmant les principes 13 et 16 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement,

Rappelant le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses,

Consciente que des événements peuvent survenir à l'occasion d'activités dangereuses malgré le respect, de la part de l'État intéressé, des obligations qui lui incombent en matière de prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses,

Notant que, par suite de tels événements, d'autres États et/ou leurs nationaux peuvent subir des dommages et de graves pertes,

Soulignant que des mesures appropriées et effectives devraient être en place pour garantir que les personnes physiques et morales, y compris les États, qui subissent des

dommages et des pertes par suite de tels événements seront à même d'obtenir une indemnisation prompte et adéquate,

Soucieuse que des mesures d'intervention promptes et efficaces soient prises pour réduire au minimum les dommages et les pertes qui peuvent résulter de tels événements,

Observant que la responsabilité des États est engagée en cas de violation de leurs obligations de prévention en vertu du droit international,

Rappelant la portée des accords internationaux en vigueur visant différentes catégories d'activités dangereuses et soulignant l'importance de conclure de nouveaux accords de cette nature,

Désireuse de contribuer au développement du droit international dans ce domaine,

...

Principe 1

Champ d'application

Les présents projets de principes s'appliquent aux dommages transfrontières causés par des activités dangereuses qui ne sont pas interdites par le droit international.

Principe 2

Termes employés

Aux fins des présents projets de principes:

- a) Le terme «dommage» s'entend d'un dommage significatif causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement; et comprend:
- i) une perte de vie humaine ou un dommage corporel;
 - ii) la perte d'un bien, ou un dommage causé à un bien, y compris tout bien faisant partie du patrimoine culturel;
 - iii) une perte ou un dommage résultant d'une atteinte à l'environnement;
 - iv) le coût de mesures raisonnables de remise en état du bien ou de l'environnement, y compris les ressources naturelles;
 - v) le coût de mesures d'intervention raisonnables;

b) Le terme «environnement» comprend les ressources naturelles, abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et les interactions de ces mêmes facteurs, et les aspects caractéristiques du paysage;

c) On entend par «activité dangereuse» une activité qui comporte un risque de causer un dommage significatif;

d) Le terme «État d'origine» désigne l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exerce l'activité dangereuse;

e) On entend par «dommage transfrontière» un dommage causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine;

f) On entend par «victime» toute personne physique ou morale ou tout État qui subit un dommage;

g) On entend par «exploitant» toute personne qui dirige ou contrôle l'activité au moment de la survenance de l'événement ayant causé le dommage transfrontière.

Principe 3

Objectifs

Les présents projets de principes ont pour objectifs:

a) D'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières; et

b) De préserver et de protéger l'environnement en cas de dommage transfrontière, en particulier en ce qui concerne l'atténuation des dommages à l'environnement et sa restauration ou sa remise en état.

Principe 4

Indemnisation prompte et adéquate

1. Chaque État devrait prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'une indemnisation prompte et adéquate soit accordée aux victimes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses se déroulant sur son territoire ou placées sous sa juridiction ou son contrôle.

2. Ces mesures devraient comprendre la mise de la responsabilité à la charge de l'exploitant ou, le cas échéant, d'une autre personne ou entité. Cette responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute. Toutes conditions, restrictions ou exceptions à ladite responsabilité doivent être compatibles avec le projet de principe 3.

3. Ces mesures devraient aussi prévoir l'obligation pour l'exploitant ou, le cas échéant, pour une autre personne ou entité, de mettre en place et garder une garantie financière, telle qu'une assurance, des cautionnements ou une autre garantie pour faire face aux demandes d'indemnisation.
4. S'il y a lieu, ces mesures devraient également prévoir l'obligation de créer des fonds alimentés par la branche d'activité au niveau national.
5. Au cas où les mesures visées aux paragraphes précédents seraient insuffisantes pour accorder une indemnisation adéquate, l'État d'origine devrait en outre assurer la disponibilité de ressources financières supplémentaires.

Principe 5

Mesures d'intervention

Lorsque survient un événement lié à une activité dangereuse qui cause ou est susceptible de causer un dommage transfrontière:

- a) L'État d'origine donne promptement notification de l'événement et des effets possibles du dommage transfrontière à tous les États affectés ou susceptibles de l'être;
- b) L'État d'origine, avec, éventuellement, le concours de l'exploitant, veille à ce que des mesures d'intervention appropriées soient prises et devrait, à cet effet, faire appel aux données scientifiques et aux technologies optimales disponibles;
- c) L'État d'origine devrait, le cas échéant, aussi consulter tous les États affectés ou susceptibles de l'être et rechercher leur coopération pour atténuer les effets du dommage transfrontière et, si possible, les éliminer;
- d) Les États affectés par le dommage transfrontière ou susceptibles de l'être prennent toutes les mesures possibles pour atténuer et, si possible, éliminer les effets de ce dommage;
- e) Les États intéressés devraient rechercher, le cas échéant, l'aide des organisations internationales compétentes et d'autres États à des conditions mutuellement acceptables.

Principe 6

Recours internes et internationaux

1. Les États confèrent à leurs autorités judiciaires et administratives les compétences nécessaires et veillent à ce que des moyens de recours rapides, adéquats et efficaces soient disponibles devant ces autorités en cas de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses se déroulant sur leur territoire ou placées sous leur juridiction ou leur contrôle.
2. Les victimes de dommages transfrontières devraient avoir accès dans l'État d'origine à des moyens de recours qui ne soient pas moins rapides, adéquats et efficaces que ceux

dont disposent les victimes qui ont subi le dommage résultant du même événement sur le territoire de cet État.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice du droit des victimes à exercer d'autres recours que ceux qui sont ouverts dans l'État d'origine.

4. Les États peuvent prévoir le recours à des procédures internationales de règlement des réclamations, qui soient rapides et entraînent le minimum de frais.

5. Les États devraient garantir un accès approprié à l'information pertinente pour l'exercice des moyens de recours, y compris pour la présentation de demandes d'indemnisation.

Principe 7

Élaboration de régimes internationaux spécifiques

1. Dans les cas où, pour des catégories particulières d'activités dangereuses, des accords spécifiques, universels, régionaux ou bilatéraux permettraient d'établir des arrangements efficaces concernant l'indemnisation, les mesures d'intervention et les moyens de recours internationaux et internes, aucun effort ne devrait être épargné pour conclure de tels accords.

2. Ces accords devraient, selon qu'il convient, prévoir des arrangements concernant le financement de fonds par la branche d'activité et/ou par l'État en vue d'apporter un complément d'indemnisation lorsque les ressources financières de l'exploitant, y compris les garanties financières, sont insuffisantes pour couvrir les dommages résultant d'un événement. De tels fonds peuvent être conçus pour compléter ou remplacer les fonds nationaux alimentés par la branche d'activité.

Principe 8

Mise en œuvre

1. Chaque État devrait adopter les mesures législatives, réglementaires et administratives nécessaires à la mise en œuvre des présents projets de principes.

2. Les présents projets de principes et les mesures adoptées en vue de leur mise en œuvre sont appliqués sans aucune discrimination fondée, par exemple, sur la nationalité, le domicile ou la résidence.

3. Les États devraient coopérer pour la mise en œuvre des présents projets de principes.

2. Texte des projets de principes et commentaires y afférents

67. Le texte des projets de principes et commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session est reproduit ci-dessous.

Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses

Commentaire général

- 1) Le contexte dans lequel s'inscrivent ces projets de principes ainsi que l'approche qui leur est sous-jacente sont exposés dans le préambule, lequel replace les projets de principes dans le cadre des dispositions pertinentes de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, puis rappelle expressément le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.
- 2) Le préambule énonce brièvement le contexte général, à savoir que même si l'État concerné s'acquitte pleinement des obligations de prévention qui lui incombent en vertu du droit international, des accidents ou d'autres incidents peuvent néanmoins se produire et avoir des conséquences transfrontières entraînant des dommages et de graves pertes pour d'autres États ou leurs ressortissants.
- 3) Il importe, comme cela est indiqué dans le préambule, que ceux qui ont subi des dommages ou des pertes par suite d'incidents survenant à l'occasion d'activités dangereuses ne soient pas seuls à assumer ces pertes et qu'ils puissent obtenir une indemnisation prompte et adéquate. Les présents projets de principes établissent les moyens permettant d'atteindre cet objectif.
- 4) Comme indiqué dans le préambule, les arrangements nécessaires en matière d'indemnisation peuvent être prévus dans des accords internationaux s'appliquant à des catégories spécifiques d'activités dangereuses, et les projets de principes encouragent la conclusion de tels arrangements aux niveaux international, régional ou bilatéral, selon qu'il conviendra.
- 5) Les projets de principes visent donc à contribuer au processus de développement du droit international dans ce domaine, à la fois en offrant une orientation appropriée aux États en ce qui concerne les activités dangereuses non couvertes par des arrangements spécifiques, et en indiquant les questions dont devraient traiter de tels accords.
- 6) Le préambule établit également que la responsabilité des États est engagée en cas de violation de leurs obligations de prévention. Les projets de principes sont donc sans préjudice

des règles relatives à la responsabilité de l'État et sans incidence sur toute réclamation pouvant être présentée à ce titre en cas de violation des obligations de prévention.

7) En élaborant les projets de principes, la Commission s'est fondée sur un certain nombre d'hypothèses de base. Tout d'abord, on s'accorde à penser que a) le régime devrait avoir un caractère général et complémentaire; et que b) ce régime devrait s'appliquer sans préjudice des règles pertinentes sur la responsabilité de l'État adoptées par la Commission en 2001³⁰⁴. Deuxièmement, il est entendu que le champ d'application des aspects relatifs à la responsabilité devrait être le même que celui du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, que la Commission a également adopté en 2001³⁰⁵. En particulier, pour mettre en œuvre le régime relatif aux dommages transfrontières («*transboundary damage*»), on utilise le même seuil, «significatif», qui s'applique en cas de dommage transfrontière («*transboundary harm*»). La Commission s'est également longuement interrogée sur l'opportunité d'examiner les questions ayant trait au patrimoine mondial. Après avoir observé que les problèmes soulevés par ce sujet sont différents et qu'ils ont leurs caractéristiques propres, la Commission est parvenue à la conclusion qu'ils doivent être traités de manière distincte³⁰⁶. Troisièmement, elle a travaillé sur la base des considérations de politique générale suivantes: a) si les activités envisagées dans le présent sujet sont essentielles au développement économique et utiles à la société, le régime doit néanmoins prévoir une indemnisation prompte et adéquate en faveur des victimes innocentes, au cas où de telles activités causeraient des dommages transfrontières; et b) des plans d'urgence et des mesures d'intervention allant au-delà de ceux prévus dans le projet d'articles sur la prévention devraient exister.

8) Quatrièmement, les différents modèles de responsabilité et d'indemnisation existants ont confirmé que la responsabilité de l'État est acceptée essentiellement dans le cas des activités extra-atmosphériques. La responsabilité découlant d'activités qui relèvent du champ d'application du présent projet de principes incombe principalement à l'exploitant, cette

³⁰⁴ Pour le texte et les commentaires des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, se reporter aux *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77.

³⁰⁵ Ibid., par. 98.

³⁰⁶ Voir également ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, par. 447.

responsabilité ne dépend pas de la preuve d'une faute, et elle peut être limitée ou soumise à des conditions, restrictions ou exceptions. Toutefois, il a également été admis que cette responsabilité ne doit pas toujours incomber à l'exploitant d'une activité dangereuse ou à risque et que d'autres entités pourraient également être désignées par voie d'accord ou par la loi. Le point important est que la personne ou l'entité concernée exerce des fonctions de commandement, de contrôle ou de direction, ou de supervision d'ensemble de l'activité et que, comme bénéficiaire de celle-ci, sa responsabilité peut être engagée.

9) Cinquièmement, il convient d'observer qu'il est prévu la mise en place d'un financement complémentaire dans de nombreux mécanismes de prise en charge de la perte; et ce financement serait particulièrement important en l'occurrence si la notion de responsabilité limitée est adoptée. L'idée de base est d'adopter un mécanisme de prise en charge de la perte qui répartisse la perte sur de nombreux acteurs, y compris l'État le cas échéant. Compte tenu du caractère général et complémentaire du projet, il n'a pas été jugé nécessaire de déterminer à l'avance la part des différents acteurs ni de cerner précisément le rôle qui doit être attribué à l'État. Toutefois, il est également admis que l'État a, en vertu du droit international, des obligations de prévention qui mettent en jeu certaines normes minimales de diligence raisonnable³⁰⁷. Conformément à ces obligations, les États sont tenus de n'autoriser les activités dangereuses comportant un risque significatif de dommage transfrontière que moyennant une procédure d'agrément préalable, en recourant à des évaluations d'impact environnemental et transfrontière et en contrôlant cet impact, selon que de besoin. En d'autres termes, le fait de faire peser sur l'exploitant la responsabilité principale, n'exonère nullement l'État de ses propres obligations de prévention en vertu du droit international.

10) Sixièmement, si les éléments fondamentaux que doit comporter le régime applicable au mécanisme de la prise en charge de la perte en cas de dommages découlant d'activités dangereuses font l'objet d'un large accord, il est entendu que, dans la plupart des cas, le droit substantiel ou le droit applicable aux demandes d'indemnisation peut mettre en jeu d'autres aspects comme la responsabilité civile ou la responsabilité pénale, voire les deux, et dépend

³⁰⁷ Birnie et Boyle ont observé, au sujet du projet d'articles sur la prévention, que «... les traités et la jurisprudence ainsi que la pratique des États confirment amplement que ... les dispositions du projet de convention de la Commission sont considérées comme la codification du droit international existant. Elles représentent la norme minimale à laquelle sont tenus les États lorsqu'ils s'occupent de risques transfrontières et qu'ils donnent effet au principe 2 de la Déclaration de Rio», Patricia Birnie et Alan Boyle, *International Law and the Environment*, (Oxford: Oxford University Press, 2002) (2^e éd.), p. 113.

d'un certain nombre de variables. Les principes du droit civil, ou de la *common law*, ou du droit international privé relatifs au choix du for et au droit applicable peuvent être privilégiés selon le contexte et la juridiction concernée. Le mécanisme proposé n'est donc pas seulement général et complémentaire, mais également flexible et sans préjudice des réclamations susceptibles d'être présentées ou de la question des lois et procédures applicables.

11) Étant donné son caractère général et complémentaire, l'instrument revêt la forme d'un projet de déclaration de principes non contraignante. Les différentes caractéristiques de certaines activités dangereuses peuvent nécessiter l'adoption d'approches différentes en ce qui concerne des arrangements particuliers. En outre, les choix ou les approches qui seront retenus peuvent varier selon les systèmes juridiques. De plus, ils peuvent de même que leur mise en œuvre être également influencés par le niveau de développement économique du pays concerné.

12) En définitive, la Commission a conclu que les projets de principes recommandés auraient l'avantage de ne pas nécessiter l'harmonisation des législations et des systèmes juridiques nationaux, ce qui serait lourd de difficultés. Elle estime en outre que les dispositions de fond sont plus susceptibles d'être largement acceptées si elles sont finalement formulées sous forme de principes. Pour l'essentiel, elles visent à assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages; et, pour ce qui est des dommages à l'environnement, qui peuvent donner lieu à des réclamations des États, l'objectif est l'atténuation des dommages par de promptes mesures d'intervention et, autant que possible, la restauration ou la remise en état de l'environnement.

13) Les commentaires se composent d'une explication du champ d'application et du contexte de chaque projet de principe, ainsi que d'une analyse des tendances pertinentes et des différentes options possibles pour aider les États à adopter au niveau national les mesures d'application appropriées et à élaborer des régimes internationaux spécifiques. La Commission s'est attachée à donner à la substance des projets de principes la forme d'un ensemble cohérent de normes de conduite et de pratique. Elle n'a pas tenté de déterminer l'état actuel des différents aspects des projets de principes dans le droit international coutumier, et le mode de formulation des projets de principes est indépendant de cette question.

Préambule

L'Assemblée générale,

Réaffirmant les principes 13 et 16 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement,

Rappelant le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses³⁰⁸,

Consciente que des événements peuvent survenir à l'occasion d'activités dangereuses malgré le respect, de la part de l'État intéressé, des obligations qui lui incombent en matière de prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses,

Notant que, par suite de tels événements, d'autres États et/ou leurs nationaux peuvent subir des dommages et de graves pertes,

Soulignant que des mesures appropriées et effectives devraient être en place pour garantir que les personnes physiques et morales, y compris les États, qui subissent des dommages et des pertes par suite de tels événements seront à même d'obtenir une indemnisation prompte et adéquate,

Soucieuse que des mesures d'intervention promptes et efficaces soient prises pour réduire au minimum les dommages et les pertes qui peuvent résulter de tels événements,

Observant que la responsabilité des États est engagée en cas de violation de leurs obligations de prévention en vertu du droit international,

Rappelant la portée des accords internationaux en vigueur visant différentes catégories d'activités dangereuses et soulignant l'importance de conclure de nouveaux accords de cette nature,

Désireuse de contribuer au développement du droit international dans ce domaine,

...

Commentaire

1) Par le passé, la Commission a généralement présenté à l'Assemblée générale des projets d'articles sans projet de préambule, laissant aux États le soin de l'élaborer. Toutefois, il est également arrivé qu'elle propose un projet de préambule. Tel a été le cas du projet de convention sur l'élimination de l'apatridie dans l'avenir et du projet de convention sur la réduction des cas d'apatridie, du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, ainsi que du projet d'articles sur la prévention. La Commission

³⁰⁸ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), par. 97.

envisageant de présenter un projet de déclaration de principes, un préambule serait on ne peut plus pertinent.

2) Comme indiqué dans l'introduction, le premier alinéa du préambule commence par rappeler les principes 13 et 16 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement³⁰⁹. La nécessité d'élaborer une législation nationale concernant la responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages à l'environnement est soulignée dans le principe 13 de la Déclaration, qui reprend le principe 22 de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement. Le principe 16 de la Déclaration de Rio met l'accent sur la promotion de l'internalisation des coûts de protection de l'environnement, compte tenu du principe du pollueur-payeur. La Commission considère ce principe comme un fondement essentiel des présents projets d'articles pour faire en sorte que les victimes de dommages causés par un événement lié à une activité dangereuse puissent obtenir une indemnisation prompte et adéquate.

3) Le deuxième alinéa du préambule se passe d'explications. Il met en relation le présent projet de principes avec le projet d'articles sur la prévention. Les troisième, quatrième, cinquième, et sixième alinéas du préambule énoncent les principales raisons d'être du présent projet de principes.

4) Le septième alinéa du préambule insiste sur le fait que le projet de principes est sans incidence sur la responsabilité que peut encourir un État du fait de manquements à ses obligations de prévention en vertu du droit international; il vise à maintenir les demandes au titre de ce régime hors du champ d'application des présents projets d'articles.

5) Le huitième alinéa du préambule constate qu'il existe des accords internationaux visant différentes catégories d'activités dangereuses et reconnaît l'importance de conclure de nouveaux accords de cette nature, tandis que le dernier alinéa du préambule exprime la volonté de l'Assemblée de contribuer au processus de développement du droit international dans ce domaine.

³⁰⁹ *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.

Principe 1

Champ d'application

Les présents projets de principes s'appliquent aux dommages transfrontières causés par des activités dangereuses qui ne sont pas interdites par le droit international.

Commentaire

1) La disposition relative au champ d'application est rédigée de manière à situer les projets de principes dans leur contexte et à refléter la volonté d'appliquer aux présents projets de principes le même champ d'application que celui du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, adopté en 2001. Il est inutile d'insister sur le caractère interdépendant des concepts de «prévention» et de «responsabilité» dans le cadre des travaux de la Commission³¹⁰. Cette disposition indique que les présents projets de principes sont axés sur les dommages transfrontières. La notion de «dommage transfrontière» met l'accent sur un dommage causé sur le territoire placé sous la juridiction d'un État par des activités situées dans un autre État.

2) En premier lieu, les activités dangereuses qui relèvent du champ d'application des présents projets de principes sont celles qui ne sont pas interdites par le droit international et qui comportent «un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques». Différents types d'activités peuvent être envisagés dans cette catégorie. Comme le titre du projet de principes l'indique, toute activité dangereuse ou a fortiori extrêmement dangereuse qui comporte, au minimum, un risque de causer un dommage transfrontière significatif est concernée. Il s'agit d'activités présentant une forte probabilité de causer des dommages transfrontières significatifs ou une faible probabilité de causer un dommage transfrontière catastrophique. L'effet combiné de la probabilité qu'un accident se produise et de l'ampleur de l'impact dommageable ainsi causé fait de ces activités une catégorie à part³¹¹.

³¹⁰ Voir la recommandation du Groupe de travail de la Commission en 2002, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 et rectificatif (A/57/10 et Corr.1)*, par. 447 et 448.

³¹¹ *Ibid.*, cinquante-sixième session, *Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 98, par. 1 du commentaire de l'article 2 a) du projet d'articles sur la prévention.

3) Suivant la même approche que celle adoptée dans le cas du projet d'articles sur la prévention, la Commission a décidé de ne pas retenir l'idée d'établir une liste d'activités. En effet, l'établissement d'une telle liste n'est pas sans poser de problème et elle n'est pas fonctionnellement essentielle. Elle risque d'être incomplète et de devenir rapidement obsolète du fait du développement technologique constant. En outre, si l'on excepte certaines activités extrêmement dangereuses qui font généralement l'objet d'une réglementation particulière, par exemple dans le domaine du nucléaire ou de l'espace, le risque qui découle d'une activité est essentiellement fonction de l'application particulière, du contexte spécifique dans lequel elle est menée et de la manière dont elle s'exerce. Une liste générale ne saurait capter ces éléments. Toutefois, les activités entrant dans le champ d'application des présents projets de principes sont les mêmes que celles qui sont soumises à la procédure de l'autorisation préalable en vertu du projet d'articles sur la prévention. On notera en outre qu'il est toujours loisible aux États d'indiquer dans des accords multilatéraux, régionaux ou bilatéraux, ou dans leur législation nationale³¹² que telle ou telle activité relève du champ d'application des présents projets de principes.

4) Le sens de l'expression «dommages transfrontières causés par des activités dangereuses qui ne sont pas interdites par le droit international» est analogue à celui du membre de phrase «activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques». Il est bien entendu que ce sens particulier comprend quatre éléments, à savoir a) ces activités ne sont pas interdites par le droit international, b) ces activités comportent un risque de causer un dommage

³¹² Par exemple, divers régimes de responsabilité définissent le type d'activités relevant de leur champ d'application: la Convention de 1992 sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique [OMI 1] LDC.2/Circ.303 (voir aussi Nations Unies, Bulletin du droit de la mer, n° 22 (1993), p. 54); la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels (document ENVWA/R.54 et Add.1), reproduite dans *International Legal Materials*, vol. 31, 1992, p. 1333; l'annexe I au Protocole de 2003 sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières (Protocole de Kiev de 2003), document CEE-ONU MP/WAT/2003/1-CP.TEIA/2003/3 du 11 mars 2003; l'annexe II à la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (Convention de Lugano) (*Série des traités européens*, n° 150. Voir également *International Legal Materials*, vol. 32, 1993, p. 128) où des activités, telles que celles d'installations ou de sites destinés à l'élimination totale ou partielle de déchets solides, liquides ou gazeux par incinération au sol ou en mer, d'installations ou de sites destinés à la dégradation thermique de déchets solides, gazeux ou liquides au moyen d'une alimentation réduite en oxygène, etc., ont été identifiées comme étant des activités dangereuses; l'annexe I de cette Convention contient aussi une liste de substances dangereuses. Voir également la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (JO L 143/56, 30 avril 2004, vol. 47).

significatif, c) ce dommage doit être transfrontière, et d) le dommage transfrontière doit être causé par ces activités du fait de leurs conséquences physiques³¹³.

5) Comme dans le projet d'articles sur la prévention, les activités visées par les présents projets de principes comportent un élément de causalité humaine et sont qualifiées d'«activités non interdites par le droit international». Ce membre de phrase a été adopté essentiellement pour distinguer les présents principes des règles régissant la responsabilité de l'État. La Commission a reconnu l'importance non seulement des questions de responsabilité pour fait internationalement illicite, mais également des questions concernant l'obligation de compenser toute conséquence dommageable découlant de certaines activités, en particulier celles qui, de par leur nature, présentent certains risques. Toutefois, compte tenu du fondement entièrement différent de la responsabilité pour risque et des règles qui la régissent, ainsi que de sa teneur et des formes qu'elle peut prendre, la Commission a décidé de traiter les deux sujets séparément³¹⁴. Ce qui signifie que, aux fins des principes, l'accent est mis sur les conséquences des activités et non sur la licéité de l'activité elle-même.

6) Les présents projets de principes, tout comme le projet d'articles sur la prévention, s'intéressent aux règles primaires. Par conséquent, le non-respect de l'obligation de prévention prévue par le projet d'articles sur la prévention pourrait engager la responsabilité de l'État sans nécessairement impliquer que l'activité elle-même est interdite³¹⁵. Dans ce cas, la responsabilité

³¹³ Pour les commentaires sur la prévention, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 98, commentaire du projet d'article 1.

³¹⁴ *Annuaire ... 1973*, vol. II, par. 38.

³¹⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 98, par. 6 du commentaire de l'article premier, p. 411. Voir également M. B. Akehurst, «International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 1985, p. 3 à 16; Alan E. Boyle, «State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A necessary distinction?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, p. 1 à 25; Karl Zemanek, «State Responsibility and Liability», in W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek (dir. publ.), *Environmental Protection and International Law*, (Londres, Graham & Trotman, 1991), p. 197; P. S. Rao, deuxième rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, document A/CN.4/501, par. 35 à 37; J. Barboza, «La responsabilité "causale" à la Commission du droit international», *Annuaire français de droit international*, 1988, p. 513 à 522; P. Cahier, «Le problème de la responsabilité pour risque en droit international», in Institut universitaire de hautes études internationales, *les relations internationales dans un monde en mutation*, Leide Sijthoff, 1977, p. 409 à 434; C-G. Laubet, «Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas», *Annuaire français de droit international*, 1983, p. 99 à 120; D. Levy, «Responsabilité pour omission et responsabilité pour risque en droit international public», *Revue générale de droit international public*, 1961, p. 744 à 764; P. Strurma, «La responsabilité en dehors de l'illicite en droit international économique», *Polish Yearbook of International Law*, 1993, p. 91 à 112.

de l'État pourrait être invoquée non seulement pour que l'État lui-même s'acquitte de ses obligations, mais également pour faire jouer la responsabilité civile ou l'obligation de l'exploitant³¹⁶. C'est en effet ce qui ressort clairement des travaux sur le projet d'articles sur la prévention³¹⁷.

7) Il est admis que des dommages peuvent se produire malgré le respect de l'obligation de prévention. Des dommages transfrontières peuvent se produire pour plusieurs autres raisons n'engageant pas la responsabilité de l'État. Par exemple, il peut y avoir des situations où les mesures de prévention sont respectées mais se révèlent insuffisantes compte tenu des circonstances, ou bien le risque spécifique à l'origine des dommages transfrontières n'ayant pu être identifié au moment de l'autorisation initiale, des mesures de prévention appropriées n'ont pas été envisagées³¹⁸. En d'autres termes, des dommages transfrontières peuvent se produire accidentellement ou dans des circonstances qui n'ont pas été initialement prévues. En outre, des dommages peuvent également être dus à un ensemble d'effets néfastes qui se sont graduellement accumulés au fil du temps. Il convient d'avoir cette distinction à l'esprit aux fins de l'indemnisation. En raison des difficultés que pose l'établissement d'un lien causal entre l'activité dangereuse et le dommage produit, les réclamations ne sont pas fréquentes dans ce dernier cas³¹⁹.

³¹⁶ Voir P. M. Dupuy, «La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle» (Paris: Pedone, 1977), p. 319; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Partie I, (Oxford: Clarendon Press, 1983), p. 50; A. Rosas, «State Responsibility and Liability under Civil Liability Regimes», in O. Bring et Said Mahmoudi (dir. publ.), *Current International Law Issues: Nordic Perspectives* (Essays in honour of Jerzy Sztucki) (Boston: M. Nijoff, 1994); et Fouad Bitar, «Les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux selon la Convention de Bâle», *Étude des régimes de responsabilité* (Paris: Pedone, 1997), p. 79 à 137. Toutefois, les normes concernant l'obligation de réparer, la charge de la preuve et les recours sont différents selon qu'il s'agit de la responsabilité (*responsibility*) des États ou de la responsabilité (*liability*) internationale. Voir aussi P. M. Dupuy, «Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?», in *Revue générale de droit international public*, 1997-4, p. 873 à 903; Teresa A. Berwick, «Responsibility and Liability for Environmental Damage: A Roadmap for International Environmental Regimes», *Georgetown International Environmental Review*, 1998, p. 257 à 267; et P. M. Dupuy, «À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l'environnement», in M. Prieur & C. Lambrechts, *Les Hommes et l'environnement: Études en hommage à Alexandre Kiss* (Paris, Frison-Roche, 1998).

³¹⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, par. 443.

³¹⁸ *Ibid.*, par. 444.

³¹⁹ Voir Peter Wetterstein, «A Proprietary or Possessory Interest: A Condition *sine qua non* for claiming damage for environmental impairment», in Peter Wetterstein, *Harm to the Environment: The Right to Compensation and Assessment of Damage*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 30. Voir également Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 19 à 105 et 113 à 182.

8) Aux fins des présents projets de principes, on part de l'idée que l'obligation de diligence raisonnable résultant du devoir de prévention a été respectée. Les présents projets de principes sont en conséquence axés sur le dommage causé malgré le respect de cette obligation.

9) Le second critère implicitement contenu dans la présente disposition relative au champ d'application est que les activités auxquelles s'appliquent ces principes sont celles qui comportaient initialement «un risque» de causer un dommage transfrontière significatif. Comme indiqué au paragraphe 2 ci-dessus, ce risque concerne les activités qui présentent une faible probabilité de causer un dommage transfrontière catastrophique, ou une forte probabilité de causer un dommage transfrontière significatif³²⁰.

10) Le troisième critère a trait au caractère «transfrontière» du dommage causé par les activités concernées. L'élément (extra)territorial couvre donc trois concepts, le terme «transfrontière» visant les questions de «territoire, juridiction» et «contrôle»³²¹. Les activités doivent être exercées sur le territoire ou en des lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État et avoir un impact sur le territoire ou d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un autre État.

11) Il faut noter que le projet de principes s'intéresse aux «dommages transfrontières causés» («*transboundary damage caused*») par des activités dangereuses. Dans le présent contexte, la référence au concept plus large de dommage transfrontière («*transboundary harm*») a été conservée lorsqu'il est question uniquement du risque de dommage, et non de la phase suivante, lorsque le dommage s'est effectivement produit. Le terme «dommage» («*damage*») est utilisé pour renvoyer à cette dernière phase. La notion de «dommage transfrontière» («*transboundary damage*») est introduite pour traduire la spécificité du dommage («*harm*»), qui s'est produit. Le terme présente également l'avantage d'être familier. C'est celui qui est généralement utilisé dans les régimes de responsabilité³²². L'adjectif «transfrontière» qualifie «dommage» pour souligner l'orientation transfrontière du champ d'application des présents principes.

³²⁰ Voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 98, commentaire du projet d'article 2, par. 1, p. 416.

³²¹ *Ibid.*, par. 98, commentaire du projet d'article premier, par. 7 à 12.

³²² Le dommage est défini au paragraphe 2 c) de l'article 2 du Protocole de Bâle de 1999 sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant des mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (document UNEP-CHW.5/29); au paragraphe 2 d) de l'article 2 du Protocole de Kiev de 2003;

12) Une autre considération importante qui délimite le champ d'application des projets de principes est que le dommage transfrontière qui pourrait être causé par les politiques de l'État dans les domaines monétaire, socioéconomique ou dans des domaines similaires en est exclu³²³. Ainsi, le dommage transfrontière significatif doit avoir été causé par les «conséquences physiques» des activités en question.

au paragraphe 7 de l'article 2 de la Convention de Lugano de 1993; au paragraphe 6 de l'article premier de la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention SNPD) (document IMO LEG/CONF.10/8/2. Voir également *International Legal Materials*, vol. 35, 1996, p. 1415); au paragraphe 10 de l'article premier de la Convention de 1989 sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport des marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD) (document ECE/TRANS/79, pour le texte voir également la *Revue de droit uniforme* (UNIDROIT) 1989 (I), p. 280). Voir également le paragraphe 2 de l'article 2 de la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (JO L 143/56, 30 avril 2004, vol. 47); et l'article I a) de la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187).

Les dommages par la pollution sont définis au paragraphe 6 de l'article premier de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de 1969 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 973, p. 3); au paragraphe 6 de l'article premier de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (document IMO LEG/CONF.9/15. Voir également Birnie et Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment* (Oxford, Clarendon Press, 1995), p. 91 à 106); au paragraphe 9 de l'article premier de la Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soufre (document IMO LEG/CONF.12/DC/1); au paragraphe 6 de l'article premier de la Convention internationale de 1977 sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin (*International Legal Materials*, vol. 16, 1977, p. 1451).

En ce qui concerne la définition des dommages nucléaires, voir le paragraphe 1 k) de l'article premier de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires de 1963 (*International Legal Materials*, vol. 2, 1963, p. 727); le paragraphe 1 k) de l'article premier du Protocole de 1997 portant modification de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires de 1963 (*International Legal Materials*, vol. 36, 1997, p. 1462); l'article premier de la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires (*International Legal Materials*, vol. 36, 1997, p. 1473); le paragraphe a) vii) de l'article premier du Protocole de 2004 visant à modifier la Convention de Paris de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (www.nea.fr/html/law).

Voir également l'article 15) de la Convention de 1988 sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (*International Legal Materials*, vol. 27, 1988, p. 859), qui définit les dommages à l'environnement de l'Antarctique ou aux écosystèmes dépendants ou associés; et la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (résolution 51/229 de l'Assemblée générale du 21 mai 1997; pour le texte, voir le document A/51/869. Voir également *International Legal Materials*, vol. 36, 1997, p. 700), dont l'article 7 concerne l'obligation «de ne pas causer de dommages significatifs». L'article 2 b) de l'annexe VI du Protocole au Traité sur l'Antarctique, relatif à la protection de l'environnement, définit les «situations critiques pour l'environnement» comme «tout événement accidentel qui a, ou risque de façon imminente d'avoir, un impact significatif et dommageable sur l'environnement antarctique».

³²³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 98, commentaire du projet d'article 2, par. 16 et 17, p. 415.

Principe 2

Termes employés

Aux fins des présents projets de principes:

- a) Le terme «dommage» s'entend d'un dommage significatif causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement; et comprend:
 - i) Une perte de vie humaine ou un dommage corporel;
 - ii) La perte d'un bien, ou un dommage causé à un bien, y compris tout bien faisant partie du patrimoine culturel;
 - iii) Une perte ou un dommage résultant d'une atteinte à l'environnement;
 - iv) Le coût de mesures raisonnables de remise en état du bien ou de l'environnement, y compris les ressources naturelles;
 - v) Le coût de mesures d'intervention raisonnables;
- b) Le terme «environnement» comprend les ressources naturelles, abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et les interactions de ces mêmes facteurs, et les aspects caractéristiques du paysage;
- c) On entend par «activité dangereuse» une activité qui comporte un risque de causer un dommage significatif;
- d) Le terme «État d'origine» désigne l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exerce l'activité dangereuse;
- e) On entend par «dommage transfrontière» un dommage causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine;
- f) On entend par «victime» toute personne physique ou morale ou tout État qui subit un dommage;
- g) On entend par «exploitant» toute personne qui dirige ou contrôle l'activité au moment de la survenance de l'événement ayant causé le dommage transfrontière.

Commentaire

1) La disposition relative aux «termes employés» vise à définir le sens des termes ou concepts employés dans les présents projets de principes. La définition de «dommage» est cruciale aux fins des présents projets de principes. Si les éléments du dommage sont identifiés, c'est en partie pour établir le fondement des réclamations. Avant d'identifier les éléments du dommage, il importe de noter que, pour ouvrir droit à indemnisation, les dommages devraient atteindre un

certain seuil. Par exemple, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* à propos de dommages causés par des fumées a visé «un cas grave», lorsque l'existence des dommages a été établie de façon claire et convaincante³²⁴. La sentence arbitrale dans l'affaire du *Lac Lanoux* s'est appuyée sur la notion de «gravement lésé» («*serious injury*»)³²⁵. On a aussi utilisé les termes de dommage «important», «grave» ou «substantiel» pour exprimer le seuil ouvrant droit à réclamation dans un certain nombre de conventions³²⁶. L'adjectif anglais «*significant*» a également été employé dans d'autres instruments juridiques et dans des textes de loi nationaux³²⁷. L'objectif est de prévenir des réclamations futiles ou abusives.

³²⁴ Affaire de la *Fonderie de Trail* (États-Unis d'Amérique c. Canada) (2^e sentence), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1965.

³²⁵ Affaire du *Lac Lanoux* (France c. Espagne), *ibid.*, vol. XII, p. 281.

³²⁶ Voir par exemple l'article 4, par. 2, de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, *Revue générale de droit international*, Paris, t. 93, 1989, p. 102; l'article 2, par. 1 et 2, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (62, *Revue générale de droit international public*); l'article 1 d) de la Convention de la CEE sur les effets transfrontières des accidents industriels de 1991; 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. Voir aussi Phoebe N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law* (Oxford, OUP, 2000), p. 176. Rene Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability* (La Haye, Kluwer Law International, 1996), p. 86 à 89, qui prend acte du besoin ressenti d'un seuil et se penche sur l'argumentation à la base du seuil de «dommage significatif» et sur les moyens possibles d'en expliquer le sens. Voir également J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses* (La Haye, Martinus Nijhoff Pub. 1984), p. 346 et 347, et R. Wolfrum, «Purposes and Principles of International Environmental Law», *Annuaire allemand de droit international*, vol. 33 (1991), p. 311. En règle générale, vu l'importance d'un seuil de dommage pour présenter des demandes de remise en état et d'indemnisation, s'agissant de dommages à l'environnement, on considère que «l'on se rapproche d'autant plus du seuil de dommage significatif que les effets s'écartent davantage de l'état considéré comme durable et que les pertes ont un caractère moins prévisible et limité». Cela doit être déterminé par rapport à un «état initial» que les États, en général, définissent ou devraient définir; voir Rudiger Wolfrum, Christine Langenfeld et Petra Minnerop, *Environmental Liability in International Law – Towards a Coherent Conception* (Berlin: Erich Schmidt Verlag), 2005, p. 501.

³²⁷ Voir, par exemple, l'article 5 du projet de convention sur les utilisations industrielles et agricoles des fleuves et des lacs internationaux, élaboré par le Comité juridique interaméricain en 1965 (Organisation des États américains, *Rios y Lagos Internacionales*, 4^e éd., 1971), p. 132; les Directives de la Commission économique pour l'Europe de 1990 sur le régime de responsabilité de la pollution de l'eau transfrontière; l'article 10 des Règles d'Helsinki relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux, Association de droit international, *Report of the Fifty-second Conference* (Helsinki, 1966), p. 496; l'article 16 des Règles de Berlin sur les ressources en eau de 2004, disponibles sur le site www.ila-hq.org/pdf/Water%20Resources/Final%20Report%202004.pdf; les paragraphes 1 et 2 de la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale, en date du 15 décembre 1972, relative à la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement; le paragraphe 6 de la recommandation du Conseil de l'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE) sur les principes concernant la pollution transfrontière, 1974, OCDE, *Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution: Leading OECD Documents*, p. 35, reproduite dans *International Legal Materials*, vol. 14, 1975, p. 246; le Mémoire d'intention de 1980 relatif à la pollution atmosphérique transfrontière entre les États-Unis d'Amérique et le Canada, 32 U.S.T., p. 2541, T.I.A.S., n° 9856; et l'article 7 de l'Accord de coopération pour le règlement des problèmes d'environnement dans la zone frontière conclu en 1983 entre le Mexique et les États-Unis d'Amérique, *in International Legal Materials*, vol. 22, 1983, p. 1025. Les États-Unis ont aussi utilisé l'adjectif «*significant*» dans

2) Il est entendu que le terme «significatif» se réfère à *quelque chose qui est plus que «détectable», mais sans nécessairement atteindre le niveau de «grave» ou «substantiel»*³²⁸.

Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel sur des choses telles que la santé de l'homme, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres États. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs. L'unité écologique de la planète ne connaît pas les frontières politiques. Lorsque des États conduisent des activités licites sur leurs propres territoires, celles-ci produisent des effets dans d'autres États. Tant que ces effets mutuels ne peuvent être qualifiés de «significatifs», ils sont considérés comme tolérables et ne relèvent pas du champ d'application des présents projets de principes.

3) La détermination de ce qui constitue un «dommage significatif» fait appel à des critères concrets et objectifs, mais aussi à un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. Il se peut, par exemple, qu'une perte considérée comme significative dans une région ne le soit pas nécessairement ailleurs. Une perte donnée, à un moment donné, pourrait ne pas être considérée comme «significative» parce qu'à ce moment précis les connaissances scientifiques ou l'appréciation portée par l'homme sont telles que la perte est considérée comme «tolérable». Mais ultérieurement, ce jugement peut changer et le même dommage peut alors être considéré comme «significatif». Ainsi, la sensibilité de la communauté internationale à l'égard de la pollution de l'air et de l'eau est en constante évolution.

4) L'alinéa a définit le «dommage» comme tout dommage significatif causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement. Les sous-alinéas i et ii portent sur les dommages corporels et les dommages aux biens, y compris certains aspects des pertes économiques indirectes, de même que sur la perte de biens faisant partie du patrimoine culturel, qui peut être la propriété de l'État.

5) La notion de dommage ne se conçoit pas isolément ou dans le vide: le dommage touche quelqu'un ou quelque chose, une personne ou un bien. Au sous-alinéa i, la notion de dommage causé à des personnes recouvre la perte de vie humaine et les dommages corporels. On trouve

leur droit interne à propos de questions d'environnement. Voir *American Law Institute, Restatement of the Law*, sect. 601, Reporter's Note 3, p. 111 et 112.

³²⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 98, commentaire de l'article premier, par. 4 et 5.

des exemples d'une telle disposition dans le droit interne³²⁹ et dans la pratique des traités³³⁰. Même les régimes de responsabilité civile qui excluent l'application de dommages aux personnes reconnaissent que d'autres règles s'appliqueraient³³¹. Les régimes qui gardent le silence sur la question ne semblent pas exclure entièrement la possibilité d'introduire une réclamation pour les dommages relevant de cette catégorie³³².

6) Le sous-alinéa ii concerne les dommages causés aux biens, y compris la perte. Sont compris les biens meubles et immeubles. On trouvera des exemples d'une telle disposition dans le droit interne³³³ et dans la pratique des traités³³⁴. Pour des raisons de principe, certains

³²⁹ La loi allemande sur la responsabilité en matière d'environnement, par exemple, couvre la perte de vie humaine et les dommages corporels. La loi finlandaise sur l'indemnisation des dommages environnementaux, le Code suédois de l'environnement et la loi danoise sur l'indemnisation des dommages environnementaux comprennent tous des dispositions consacrées aux dommages corporels. Voir, pour information générale, Peter Wetterstein, «Environmental Damage in the Legal Systems of the Nordic Countries and Germany», in Michael Bowman and Alan Boyle, *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation* (Oxford University Press), 2002, p. 222 à 242.

³³⁰ Certains régimes de responsabilité civile renferment les dispositions suivantes: l'article premier, par. 1 k), de la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires englobe dans la définition de «dommage nucléaire» «i) tout décès, tout dommage aux personnes, toute perte de bien ou tout dommage aux biens...»; l'article premier, par. 1 k), du Protocole de 1997 portant modification de la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommage nucléaire englobe également dans la définition «i) tout décès ou dommage aux personnes; ii) toute perte de bien ou tout dommage aux biens»; l'article premier, par. vii), de la Convention de Paris de 2004 définit l'expression «dommage nucléaire» comme «1. Tout décès ou dommage aux personnes; 2. Toute perte de biens ou tout dommage aux biens»; la CRTD définit comme suit la notion de dommage au paragraphe 10 de l'article premier: «a) tout décès ou toute lésion corporelle...; b) toute perte ou tout dommage subis par des biens...»; le Protocole de Bâle définit le terme «dommage» en son article 2, par. 2 c), comme «i) la perte de vies humaines ou tout dommage corporel; ii) la perte de tout bien ou les dommages causés à des biens autres que des biens appartenant à la personne responsable conformément au Protocole»; le Protocole de Kiev définit les dommages en son article 2, par. 2 d), comme «i) la perte de vies humaines ou tout préjudice corporel; ii) la perte de biens ou les dommages causés à des biens autres que les biens appartenant à la personne responsable conformément au Protocole»; la Convention de Lugano définit les dommages en son article 2 7) comme: «a) Le décès ou des lésions corporelles; b) Toute perte ou tout dommage causé à des biens autres que l'installation elle-même ou que les biens se trouvant sur le site de l'activité dangereuse et placés sous le contrôle de l'exploitant».

³³¹ La Directive 2004/35/CE de l'Union européenne sur la responsabilité environnementale ne s'applique pas aux dommages corporels, aux dommages à la propriété privée ni aux pertes économiques et n'affecte en rien les droits existants concernant les dommages de ce type.

³³² Le dommage par pollution est défini à l'article premier, par. 6, de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 973, p. 3), de même qu'à l'article premier, par. 6, de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (document IMO LEG/CONF.9/15), art. 1, par. 9.

³³³ Par exemple, la loi finlandaise sur l'indemnisation des dommages environnementaux couvre les dommages aux biens; le chapitre 32 du Code suédois de l'environnement et la loi danoise sur l'indemnisation des dommages environnementaux couvrent les dommages aux biens.

³³⁴ Voir les exemples *supra*, note 27.

régimes de responsabilité civile excluent les réclamations pour des dommages causés aux biens de la personne responsable en refusant que l'auteur d'un délit civil puisse tirer bénéfice de son délit. L'article 2 2) c) ii) du Protocole de Bâle, l'article 2 7) b) de la Convention de Lugano et l'article 2 2) d) ii) du Protocole de Kiev contiennent des dispositions à cet effet.

7) Traditionnellement, les droits réels sont plus étroitement liés aux droits privés des individus qu'aux droits publics. Un particulier ne rencontrerait aucune difficulté pour faire valoir une réclamation relative à ses droits personnels ou réels. Il s'agit de réclamations liées à des titres de possession ou de propriété, en cas de décès, de dommages corporels ou encore de perte de biens ou de dommages causés à des biens. De plus, la législation sur les délits civils tend à couvrir les dommages pouvant être en rapport avec des pertes économiques. À cet égard, on établit souvent une distinction entre les pertes indirectes et les pertes purement économiques³³⁵.

8) Aux fins des présents projets de principes, les pertes économiques indirectes sont couvertes par les sous-alinéas i et ii. Elles sont le résultat d'un décès ou d'un dommage corporel ou d'un dommage causé à des biens, y compris les pertes de revenu résultant d'un dommage corporel. Ce type de dommage est pris en compte dans la pratique conventionnelle³³⁶, ainsi qu'en droit

³³⁵ Bjorn Sandvik et Satu Suikkari, «Harm and Reparation in International Treaty Regimes: An Overview», in Peter Wetterstein, *Harm to the Environment...*, op. cit., p. 57. Voir, pour information générale, Edward H. P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources: Standing, Damage and Damage Assessment* (La Haye/Londres/New York: Kluwer Law International, 2001), p. 9 à 63. Voir aussi Julio Barboza, Rapporteur spécial, onzième rapport, 1995, A/CN.4/468.

³³⁶ Voir, par exemple, l'article premier, par. 1 k), du Protocole de 1997 portant modification de la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, selon lequel dommage nucléaire signifie «... pour chacune des catégories suivantes, dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, iii) tout dommage immatériel résultant d'une perte ou d'un dommage visé aux alinéas i ou ii, pour autant qu'il ne soit pas inclus dans ces alinéas, s'il est subi par une personne qui est fondée à demander réparation de cette perte ou de ce dommage; ... vii) tout autre dommage immatériel autre que celui causé par la dégradation de l'environnement, si le droit général du tribunal compétent concernant la responsabilité civile le permet. Voir aussi l'article premier de l'annexe à la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires, selon lequel «dommage nucléaire» signifie «pour chacune des catégories suivantes, dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent... iii) tout dommage immatériel résultant d'une perte ou d'un dommage visé aux alinéas i ou ii, pour autant qu'il ne soit pas inclus dans ces alinéas, s'il est subi par une personne qui est fondée à demander réparation de cette perte ou de ce dommage; ... vii) tout autre dommage immatériel autre que celui causé par la dégradation de l'environnement, si le droit général du tribunal compétent concernant la responsabilité civile le permet». L'article premier, al. vii, du Protocole de 2004 portant modification de la Convention de Paris de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire définit l'expression «dommage nucléaire» comme signifiant aussi, pour chacune des catégories suivantes dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, ... 3) tout dommage immatériel résultant d'une perte ou d'un dommage visé au point 1 ou 2, pour autant qu'il ne soit pas inclus dans ces points, s'il est subi par une personne qui est fondée à demander réparation de cette perte ou de ce dommage.

interne, bien qu'il y ait différentes approches³³⁷, y compris concernant la façon d'aborder la réparation de la perte de revenu. D'autres pertes économiques qui ne sont pas liées aux dommages corporels ou aux dommages aux biens peuvent se produire. Toutefois, en l'absence d'une disposition expresse portant sur les réclamations pour perte de revenu, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'en cas d'incident dû à des activités dangereuses qui est directement à l'origine d'une perte de revenu, des efforts soient accomplis pour faire en sorte que la victime ne soit pas privée d'indemnisation.

9) Le sous-alinéa ii couvre aussi les biens qui font partie du patrimoine culturel.

Le patrimoine culturel national fait partie des biens de l'État. Il comprend des éléments très divers dont les monuments, les ensembles et les sites; le patrimoine naturel comprend quant à lui les sites et éléments naturels ainsi que les formations géologiques et physiques. Leur valeur n'est pas aisément quantifiable en termes monétaires, mais réside dans leur importance historique, artistique, scientifique, esthétique, ethnologique ou anthropologique, dans leur état de conservation ou leur beauté naturelle. La Convention de 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel contient une définition complète de ce qui constitue le patrimoine culturel³³⁸. Tous les régimes de responsabilité civile ne couvrent pas les aspects du patrimoine

³³⁷ Par exemple, en vertu de la section 2702 b) de la loi des États-Unis sur la pollution par des hydrocarbures, quiconque peut demander réparation pour tout préjudice ou toute perte économique résultant de la destruction de biens réels ou personnels, ces dommages étant recouvrables par le plaignant qui serait propriétaire ou locataire des biens en question. La loi dispose également que quiconque peut prétendre à «des dommages-intérêts équivalant au manque à gagner ou à la perte résultant d'une atteinte à sa capacité de gain causée par un dommage corporel, la destruction ou la perte de biens réels, de biens personnels...». De même, la section 252 du Code civil allemand dispose que tout manque à gagner doit être indemnisé.

³³⁸ Nations Unies, 1977, *Recueil des Traités*. Aux termes de l'article premier, sont considérés comme «patrimoine culturel»:

- Les monuments: œuvres architecturales, de sculpture ou de peinture monumentales, éléments ou structures de caractère archéologique, inscriptions, grottes et groupes d'éléments, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science;
- Les ensembles: groupes de constructions isolées ou réunies, qui, en raison de leur architecture, de leur unité, ou de leur intégration dans le paysage, ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science;
- Les sites: œuvres de l'homme ou œuvres conjuguées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones, y compris les sites archéologiques, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou anthropologique.

Voir aussi la définition de l'expression «bien culturel» énoncée à l'article premier de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, laquelle englobe tous les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples. Voir aussi la Convention de 1972 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels.

culturel sous la même rubrique. Ainsi, la Convention de Lugano englobe dans sa définition d'«environnement» des biens qui font partie du patrimoine culturel et, dans cette mesure, le patrimoine culturel peut aussi être couvert par la définition plus large de l'environnement³³⁹.

10) Le respect et la sauvegarde des biens culturels sont essentiels en temps de paix comme en temps de guerre. Ce principe est affirmé dans la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé³⁴⁰. En outre, le droit international humanitaire interdit les hostilités dirigées contre les monuments historiques et les œuvres d'art qui constituent l'héritage culturel des peuples³⁴¹.

11) Les sous-alinéas iii à v portent sur des réclamations qui sont habituellement associées à des dommages environnementaux. On peut considérer qu'ils procèdent de la même notion. Ensemble, ils constituent les éléments essentiels d'une définition des «dommages à l'environnement» en ce qu'ils traitent de questions relatives aux dommages à l'environnement proprement dit. Il s'agit de dommages causés à l'environnement par l'activité dangereuse, qu'il y ait ou non simultanément dommages aux personnes ou aux biens, et qui sont donc indépendants de tels dommages. L'importance donnée aux réclamations relatives à l'environnement dans les sous-alinéas iii à v s'appuie sur les tendances constatées dans de récents régimes de responsabilité internationale³⁴², mais ouvre aussi la possibilité de nouveaux développements du droit relatif à la protection de l'environnement proprement dit³⁴³.

³³⁹ Voir aussi art. 1 2) de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux.

³⁴⁰ Faite à La Haye le 14 mai 1954.

³⁴¹ Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, art. 53 du Protocole I et art. 16 du Protocole II. Voir aussi les Conventions de La Haye de 1907, en particulier la Convention IV et son Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (art. 27 et 56 du Règlement) et la Convention IX concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre (art. 5).

³⁴² Pour une analyse de cette évolution, voir Louise de La Fayette, «The Concept of Environmental Damage in International Liability Regimes», in Michael Bowman et Alan Boyle, *Environmental Damage in International and Comparative Law...*, op. cit., p. 149 à 189. Voir aussi Edward H. P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources...*, op. cit., ch. 7 concernant la responsabilité civile internationale pour les dommages causés aux ressources naturelles.

³⁴³ La loi italienne, par exemple, paraît aller plus loin en reconnaissant les dommages à l'environnement proprement dit, l'Italie étant par ailleurs signataire de la Convention de Lugano de 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement. Dans l'affaire *Patmos*, l'Italie a présenté une réclamation pour un montant de 5 milliards de liras devant le tribunal de Messine, en Italie, en raison de dommages écologiques causés à ses eaux territoriales par le déversement en mer de 1 000 tonnes de pétrole à la suite d'une

12) Une marée noire, par exemple, peut immédiatement se traduire par un manque à gagner pour les secteurs du tourisme et de la pêche des environs. De tels incidents ont suscité des réclamations à raison de pertes purement économiques dans le passé, sans grand succès. Il reste que certains régimes de responsabilité civile reconnaissent maintenant ce type de dommages comme ouvrant droit à réparation³⁴⁴. L'article 2 d) iii) du Protocole de Kiev et l'article 2 2) d) iii) du Protocole de Bâle couvrent tout manque à gagner directement en relation avec une utilisation ou une jouissance quelconque de l'environnement, qui résulte d'une dégradation importante de cet environnement, compte tenu des dépenses évitées et des coûts³⁴⁵. Le Protocole de Kiev vise

collision entre le pétrolier grec *Patmos* et le navire espagnol *Castillo de Monte Aragon* le 21 mars 1985. La demande fut rejetée en première instance, mais admise par la Cour d'appel. Selon la Cour:

«Bien que l'on ne puisse apprécier la notion de dommage environnemental en recourant à une méthode mathématique ou comptable, on peut l'évaluer en tenant compte de l'impact économique que la destruction, la détérioration ou l'altération de l'environnement a en soi et pour la communauté, laquelle tire avantage des ressources environnementales et, en particulier, des ressources marines, de diverses manières (nourriture, santé, tourisme, recherche, études biologiques).».

Vu que ces avantages font l'objet d'une protection de l'État, il a été affirmé que l'État peut demander, en tant que gardien de la communauté, une indemnité pour la diminution de valeur économique de l'environnement. La Cour a également fait observer qu'aucune valeur marchande ne pouvant être attribuée à la perte en cause, l'indemnisation ne pouvait être accordée que sur la base d'une évaluation équitable. Après avoir rejeté le rapport des experts sur l'évaluation des dommages, qui tentait de quantifier le dommage sur la base du necton (poisson) que la biomasse aurait pu produire si elle n'avait pas été polluée, elle s'est appuyée sur une évaluation équitable et a accordé 2 milliards 100 millions de liras. D'ailleurs, cette somme entrait dans les limites de la responsabilité du propriétaire, établie par le FIPOI, et n'a donné lieu à aucun recours ni contestation; voir de façon générale Andrea Bianchi: «Harm to the Environment in Italian Practice. The Interaction of International Law and Domestic Law», in Peter Wetterstein, «*Harm to the Environment...*», op. cit., p. 113 à 129. Voir aussi Maria Clara Maffei, «The Compensation for Ecological Damage in the "Patmos" Case», in Francesco Francioni et Tullio Scovazzi, *International Responsibility for Environmental Harm* (Londres/Dordrecht/Boston: Graham et Trotman, 1991).

³⁴⁴ Voir Peter Wetterstein, «A Proprietary or Possessory Interest: A Condition *sine qua non* for Claiming Damage for Environmental Impairment?» op. cit., p. 37. Sur l'idée de limiter le concept de «perte purement économique» «découlant directement», pour éviter d'«ouvrir des vannes» ou de pratiquer une «loterie aux dommages» encourageant une responsabilité indéterminée peu propice à de bonnes assurances ni aux perspectives économiques, voir Lucas Bergkamp, *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context* (La Haye: Kluwer Law International, 2001) p. 346 à 350. Il est dit par ailleurs que l'absence de limites risque de restreindre «l'acceptation de la définition des dommages et, partant, requérir une solution à l'échelon national». Rudiger Wolfrum, Christine Langenfeld et Petra Minnerop, op. cit., p. 503. La Directive européenne 2004/35 vise les dommages environnementaux à l'article 2.

³⁴⁵ Voir aussi l'article premier, par. 1) k) du Protocole de 1997 portant modification de la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, selon lequel «dommage nucléaire» signifie ... pour chacune des catégories suivantes, dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, ... v) tout manque à gagner en relation avec une utilisation ou une jouissance quelconque de l'environnement qui résulte d'une dégradation importante de cet environnement, et pour autant que ce manque à gagner ne soit pas inclus dans l'alinéa ii; voir aussi l'article premier de la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires, selon lequel «dommage nucléaire» signifie ... pour chacune des catégories suivantes, dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, ... v) tout manque à gagner en relation avec une utilisation ou une jouissance quelconque de l'environnement qui résulte d'une dégradation importante de cet environnement, et pour autant que ce manque à gagner ne soit pas inclus dans l'alinéa ii; et article premier, al. vii, du Protocole de 2004 portant modification de la Convention de Paris de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de

une atteinte à «un intérêt juridiquement protégé». Il existe aussi des exemples au niveau des États³⁴⁶.

13) Le sous-alinéa iii renvoie à la forme que le dommage causé à l'environnement revêtirait, notamment «une perte ou un dommage résultant d'une atteinte à l'environnement». L'atteinte s'entend d'un préjudice, d'une modification, d'une altération, d'une détérioration, d'une destruction ou d'une perte. Elle entraîne une diminution préjudiciable de la qualité, de la valeur ou de l'excellence. Les demandes en réparation pour manque à gagner en relation directe avec une utilisation quelconque de l'environnement qui résulte d'une atteinte à cet environnement peuvent entrer dans cette catégorie.

14) Dans d'autres cas de dommages à l'environnement proprement dit, il n'est pas facile d'établir les éléments nécessaires pour ester. Certains aspects de l'environnement n'appartiennent à personne et sont généralement considérés comme un bien commun (*res communis omnium*), qui n'est pas susceptible d'appropriation, contrairement à la *res nullius*, c'est-à-dire les biens qui n'appartiennent à personne mais qui sont appropriables. Les particuliers n'ont pas de droits personnels en ce qui concerne ce bien commun et n'auraient normalement pas un intérêt suffisant pour pouvoir présenter une réclamation concernant un dommage causé à un

l'énergie nucléaire, selon lequel «dommage nucléaire» signifie ... pour chacune des catégories suivantes, dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, ... 5) tout manque à gagner directement en relation avec une utilisation ou une jouissance quelconque de l'environnement qui résulte d'une dégradation importante de cet environnement, et pour autant que ce manque à gagner ne soit pas inclus dans le point 2; ... Voir aussi par exemple, la Convention de Lugano (art. 2, par. 7 d)), la Convention CEE-ONU sur les effets transfrontières des accidents industriels (art. 1^{er} c)); la Convention CEE-ONU de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (art. 1^{er} 2)), la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (CRARMA) (art. 8 2) a), b) et d)); la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD) (art. 9 c) et d)).

³⁴⁶ La sous-section 2702 b) de la loi des États-Unis sur la pollution par des hydrocarbures dispose que quiconque peut prétendre à «des dommages-intérêts équivalant au manque à gagner ou à la perte résultant d'une atteinte à sa capacité de gain causée par un dommage corporel, la destruction ou la perte de ressources naturelles...». La loi finlandaise sur l'indemnisation des dommages environnementaux couvre les pertes purement économiques, sauf si elles sont insignifiantes. Le chapitre 32 du Code suédois de l'environnement prévoit aussi une indemnisation en cas de perte purement économique, laquelle n'est indemnisable que si elle n'est pas due à un comportement délictueux et dans la mesure où elle est significative. La loi danoise sur l'indemnisation des dommages environnementaux couvre les pertes économiques et les frais raisonnables des mesures de prévention ou de restauration de l'environnement. Voir, pour information générale, Peter Wetterstein, «Environmental Damage in the Legal Systems of the Nordic Countries and Germany», in Michael Bowman and Alan Boyle, *Environmental Damage in International Law and Comparative Law...*, op. cit., p. 222 à 242.

tel bien³⁴⁷. De plus, il n'est pas toujours facile de déterminer qui peut être lésé par la perte de valeurs écologiques ou esthétiques aux fins du dépôt d'une plainte. Ce sont les États qui ont la garde de ces biens et, généralement, ce sont les autorités publiques et, dernièrement, les groupes d'intérêt, qui sont habilités à ester concernant ce type de plaintes³⁴⁸.

15) Il est à noter que la mention au sous-alinéa iv du «coût de mesures raisonnables de remise en état» et au sous-alinéa v du coût raisonnable des opérations de nettoyage, associé au «coût de mesures d'intervention raisonnables» renvoie à des notions récentes. Ces éléments du dommage sont maintenant reconnus parce que, comme un commentateur l'a noté, «l'accent est mis surtout sur les dommages à l'environnement lui-même et non plus principalement sur les dommages aux personnes et aux biens»³⁴⁹. Au sous-alinéa iv, on a inclus dans la notion de dommage un élément du type de réparation disponible, à savoir le coût raisonnable de mesures de remise en état. La pratique conventionnelle récente³⁵⁰ et le droit interne³⁵¹ tendent à

³⁴⁷ *In Burgess v. M. V. Tamano*, 370 F.Supp (1973), p. 247, le tribunal a noté qu'«il est également incontestable que le droit de cueillir des palourdes ... n'est pas un droit privé lié à un particulier, mais un droit public détenu par l'État "qui en a la garde pour le bien commun du peuple" ...».

³⁴⁸ En vertu de la loi générale des États-Unis sur l'intervention, l'indemnisation et la responsabilité en matière d'environnement de 1980 (CERCLA), 42 U.S.C.A., sect. 9601 et suiv.; la loi sur la salubrité de l'eau de 1977, 33 U.S.C.A., sect. 1321; la loi sur la pollution par les hydrocarbures de 1990, 33 U.S.C.A., sect. 2701 et suiv., «le Congrès a autorisé certains organismes gouvernementaux chargés de gérer les ressources naturelles à agir comme mandataires pour évaluer les dommages et recouvrer les fonds... Le fidéicommiss public est défini largement et porte sur les "ressources naturelles" qui appartiennent à l'État fédéral, aux États, aux collectivités locales et aux tribus indiennes, qui sont gérées ou détenues par les uns ou les autres, en relèvent ou sont contrôlées par eux.».

³⁴⁹ Louise de La Fayette, «The Concept of Environmental Damage in International Law», op. cit., p. 166 et 167.

³⁵⁰ Voir par exemple le Protocole de 1997 portant modification de la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, l'article premier, par. 1, al. k iv: «le coût des mesures de restauration d'un environnement dégradé, sauf si la dégradation est insignifiante, si de telles mesures sont effectivement prises ou doivent l'être, et pour autant que ce coût ne soit pas inclus dans le sous-alinéa ii»; la Convention de Paris de 2004 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, art. I, vii 4): «le coût des mesures de restauration d'un environnement dégradé, sauf si la dégradation est insignifiante, si de telles mesures sont effectivement prises ou doivent l'être, et pour autant que ce coût ne soit pas inclus dans le point 2». Il est précisé au paragraphe 6 de l'article premier de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures que les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement autres que le manque à gagner dû à cette altération seront limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront. Voir également les alinéas c iv et d du paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole de Bâle; les paragraphes 7 c) et 8 de l'article 2 de la Convention de Lugano et les alinéas d iv et g du paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole de Kiev.

³⁵¹ La loi allemande autorise le remboursement de frais raisonnables de remise en état et de restauration de l'environnement ayant subi le dommage en réparant ainsi la perte subie par des personnes privées, mais éventuellement aussi en rétablissant l'environnement dans son état antérieur. Voir art. 16 de la loi sur la responsabilité environnementale et l'article 32 de la loi sur le génie génétique qui prévoient qu'en cas d'atteinte à un complexe naturel, l'article 251 2) du Code civil s'applique, étant entendu que les frais de remise en état ne seront pas jugés déraisonnables du seul fait qu'ils excèdent la valeur de l'objet en cause. Voir *Environmental Liability Law*

reconnaître l'importance de ces mesures, mais c'est au droit interne que revient le soin de déterminer qui peut être habilité à les prendre. Ces mesures ont été définies comme étant toutes mesures raisonnables visant à évaluer, remettre en état ou rétablir les éléments endommagés ou détruits de l'environnement ou, en cas d'impossibilité, d'introduire dans l'environnement, selon que de besoin, l'équivalent de ces éléments³⁵².

16) L'adjectif «raisonnable» a pour objet d'indiquer que le coût de ces mesures ne doit pas être par trop disproportionné par rapport à l'utilité de la mesure. Dans l'affaire *Commonwealth of Puerto Rico c. Zoe Colocotroni*, la Cour d'appel du Premier circuit des États-Unis a déclaré ce qui suit:

«Les coûts pouvant être recouverts sont les coûts raisonnablement encourus ... pour remettre l'environnement de la zone sinistrée dans l'état où il se trouvait précédemment ou dans un état aussi proche que possible sans encourir des dépenses manifestement disproportionnées. Pour évaluer le caractère raisonnable de ces dépenses, il convient de se référer aux mesures qu'une entité souveraine ou un organisme public raisonnable et prudent adopterait pour atténuer les effets de la pollution en tenant compte de facteurs comme la faisabilité technique, les effets indirects néfastes, la compatibilité avec la régénération naturelle et la mesure dans laquelle, au-delà d'un certain point, les efforts déployés seraient soit inutiles, soit excessivement onéreux.»³⁵³.

17) Le sous-alinéa v inclut dans le concept de dommage le coût de mesures d'intervention raisonnables en tant qu'élément de réparation. La pratique conventionnelle récente tend à reconnaître l'importance de telles mesures, tout en laissant au droit interne le soin de préciser qui

in Germany (Grote/Renke) in Rudiger Wolfrum, Christine Langenfeld et Petra Minnerop, Environmental Liability in International Law..., op. cit., p. 278.

³⁵² On peut noter que dans le contexte des travaux de la Commission d'indemnisation de l'ONU, une décision récente a accordé une indemnité pour trois projets: pour la perte de terrains de parcours et d'habitats, la Jordanie a obtenu 160 millions de dollars, pour les réserves littorales, le Koweït a obtenu 8 millions de dollars et l'Arabie saoudite a obtenu 46 millions de dollars afin de remplacer des services écologiques irrémédiablement perdus suite à la guerre du Golfe de 1991. Voir rapport du Comité des Commissaires concernant la cinquième tranche des réclamations F4, S/AC.26/2005/10. Annexes techniques I à III. Voir aussi Peter H. Sand, «Compensation for Environmental Damage from the 1991 Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6 (2005), p. 247.

³⁵³ 628 F.2 d, p. 652 (1st Cir. 1980), cité dans Colin de La Rue, «Environmental Damage Assessment», in Ralph P. Kroner (dir. publ.), *Transnational Environmental Liability and Insurance*, 1993, p. 71.

peut être habilité à les prendre³⁵⁴. Au nombre de ces mesures figure toute mesure raisonnable prise par toute personne, y compris une autorité publique, suite à la survenance d'un dommage transfrontière pour prévenir, réduire ou atténuer des pertes ou des dommages éventuels ou pour organiser les opérations d'assainissement de l'environnement. Les mesures d'intervention doivent être raisonnables.

18) Des tendances récentes encouragent aussi la recevabilité de réclamations au titre de la «valeur de non-usage» de l'environnement. La Commission elle-même a exprimé un certain soutien à cette revendication lorsqu'elle a adopté le projet d'articles sur la responsabilité des États, tout en concédant que de tels dommages étaient difficiles à quantifier³⁵⁵. Les décisions récentes de la Commission d'indemnisation des Nations Unies qui a choisi d'interpréter au sens large les termes «dommages à l'environnement» augurent de l'évolution à venir. Dans le cas de la catégorie des réclamations F4 pour dommages causés à l'environnement et préjudices causés à la santé publique, le Comité de commissaires chargé d'examiner les réclamations F4 a accepté des demandes d'indemnisation au titre de dommages à des ressources naturelles ne présentant aucun intérêt économique («dommages à l'environnement proprement dit») de même que des

³⁵⁴ Voir par exemple le Protocole de 1997 portant modification de la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, art. 1^{er}, par. 1, al. k vi): «Le coût des mesures préventives et toute autre perte ou tout autre dommage causé par de telles mesures»; l'annexe de la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires, art. 1^{er}, al. vi): «le coût des mesures préventives et toute autre perte ou tout autre dommage causé par de telles mesures»; le Protocole de 2004 portant modification de la Convention de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, art. 1^{er}, al. vii 6): «le coût des mesures de sauvegarde et toute autre perte ou tout autre dommage causé par de telles mesures, s'agissant des points 1 à 5, dans la mesure où la perte ou le dommage découle ou résulte des rayonnements ionisants émis par toute source de rayonnements se trouvant à l'intérieur d'une installation nucléaire, ou émis par des combustibles nucléaires ou des produits ou déchets radioactifs». Le paragraphe 6 de l'article premier de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures fait état du coût des mesures de sauvegarde et des autres préjudices ou dommages causés par ces mesures. Voir également art. 2, par. 2, al. c v) et d du Protocole de Bâle; art. 2, par. 7 d) et 9 de la Convention de Lugano, et art. 2, par. 2, al. d v) et h du Protocole de Kiev. L'article 2 f) de l'annexe VI du Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement, concernant la responsabilité découlant de situations critiques pour l'environnement définit les «actions en cas d'urgence» comme des mesures raisonnables prises pour réagir à de telles situations en vue d'en éviter, minimiser ou contenir l'impact, qui à cette fin peuvent comporter si besoin est des opérations de nettoyage, ainsi que la détermination de l'ampleur et de l'impact d'une telle situation.

³⁵⁵ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, art. 36, commentaire, par. 15: «... les dommages à l'environnement vont souvent au-delà de ceux qui peuvent facilement être évalués en termes de frais de nettoyage ou de perte de valeur d'un bien. Les atteintes à de telles valeurs environnementales (biodiversité, agrément, etc. – parfois appelées “valeurs de non-usage”) ne sont pas moins réelles et indemnisables, en principe, que les dommages aux biens, même si elles sont sans doute plus difficiles à évaluer.».

demandes pour la perte temporaire d'utilisation des ressources au cours de la période qui avait précédé la remise en état³⁵⁶.

19) Une définition de l'environnement figure à l'alinéa b. L'environnement peut être défini de différentes façons pour différentes finalités et il est bon de garder à l'esprit qu'il n'en existe pas de définition universellement acceptée. Il serait toutefois utile de proposer une définition de travail aux fins des présents projets de principes, ne serait-ce que pour se faire une idée de la portée des mesures correctives nécessaires en cas de dommages causés à l'environnement³⁵⁷.

20) La définition du terme «environnement» pourrait être restrictive, se limitant exclusivement aux ressources naturelles comme l'air, le sol, l'eau, la faune et la flore et leur interaction. Plus large, elle pourrait aussi s'étendre aux valeurs environnementales. La Commission a choisi d'inclure dans la définition ces valeurs, qui comprennent des valeurs autres que celle des services rendus, comme l'esthétique du paysage³⁵⁸. Cela inclut la jouissance de la nature pour sa beauté naturelle et pour ses propriétés et ses atouts en matière de loisirs. Cette vision plus large se justifie par le caractère général et supplétif des présents projets de principes³⁵⁹.

³⁵⁶ Voir S/AC.26/2005/10. Voir également Peter H. Sand, op. cit., p. 247. Réparties en cinq tranches, les réclamations acceptées par le Comité F4 et approuvées sans modification par le Conseil d'administration atteignent la somme de 5 milliards 26 millions de dollars, soit «un montant jamais atteint jusque-là dans l'histoire du droit international de l'environnement» (ibid., p. 245). Voir également les directives pour les programmes de suivi des réclamations au titre de l'environnement de la Commission d'indemnisation, *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6 (2005), p. 276 à 281.

³⁵⁷ Voir aussi le Livre vert des Communautés européennes sur la réparation des dommages causés à l'environnement, COM (93) 47 final, 14 mai 1993, p. 10.

³⁵⁸ Pour une analyse de la philosophie qui sous-tend les régimes de réparation des dommages causés à la biodiversité, voir Michael Bowman, «Biodiversity, Intrinsic Value and the Definition and Valuation of Environmental Harm», in Michael Bowman et Alan Boyle, *Environmental Damage...*, op. cit., p. 41 à 61. Aux termes de l'article 2 de la Convention de 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, sont considérés comme «patrimoine naturel» les monuments naturels constitués par des formations physiques et biologiques ou par des groupes de telles formations qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue esthétique ou scientifique; les formations géologiques et physiographiques et les zones strictement délimitées constituant l'habitat d'espèces animales et végétales menacées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation; les sites naturels ou les zones naturelles strictement délimitées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation ou de la beauté naturelle.».

³⁵⁹ Pour un examen succinct des conceptions, différentes, qui sous-tendent la définition des dommages causés à l'environnement, voir Philippe Sands, *Principles of Environmental Law*, (Cambridge, CUP, 2003), 2^e éd., p. 876 à 878.

21) De plus, la Commission, en adoptant cet angle d’approche général, pour reprendre les termes de l’arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l’affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*³⁶⁰:

ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l’environnement, la vigilance et la prévention s’imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l’environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de la réparation de ce type de dommages³⁶¹.

22) De surcroît, une définition plus large permettrait de tempérer toute limite imposée par les régimes de responsabilité aux mesures correctives acceptables, comme indiqué dans le commentaire relatif aux sous-alinéas iv et v.

23) Ainsi, la mention à l’alinéa *b* des «ressources naturelles ... et [des] interactions» de leurs facteurs correspond à une conception restreinte de l’environnement dans un écosystème protégé³⁶², alors que l’expression «les aspects caractéristiques du paysage» annonce une conception plus large de l’environnement³⁶³. La définition des ressources naturelles comprend les ressources biotiques et abiotiques, y compris leurs écosystèmes.

³⁶⁰ Affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997, p. 7.

³⁶¹ Ibid., par. 141 et 142. La Cour a évoqué aussi à ce propos la nécessité de garder présents à l’esprit les intérêts intergénérationnels et intragénérationnels, ainsi que la demande impérieuse actuelle de développement durable.

³⁶² À l’article 2 de la Convention sur la diversité biologique, le terme «écosystème» est défini comme désignant «le complexe dynamique formé de communautés de plantes, d’animaux et de micro-organismes et de leur environnement non vivant qui, par leur interaction, forment une unité fonctionnelle». Selon la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l’Antarctique (CRARMA):

«L’expression “dommage à l’environnement de l’Antarctique ou aux écosystèmes dépendants ou associés” désigne toute incidence sur les composantes vivantes et non vivantes dudit environnement ou desdits écosystèmes, y compris toute atteinte à la vie atmosphérique, marine ou terrestre, dépassant un niveau négligeable ou dépassant ce qui a été évalué et considéré comme acceptable en vertu de la présente Convention.»

³⁶³ L’article 2, par. 10, de la Convention de Lugano contient une liste non exhaustive des éléments qui constituent l’environnement, parmi lesquels figurent «les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l’air, l’eau, le sol, la faune et la flore, et l’interaction entre les mêmes facteurs; les biens qui composent l’héritage culturel; et les aspects caractéristiques du paysage»; l’article premier, al. *c*, de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels énumère les conséquences nocives des accidents industriels sur «i) les êtres humains, la flore et la faune; ii) les sols, l’eau, l’air et le paysage; iii) l’interaction entre les facteurs visés aux alinéas i et ii; iv) les biens matériels et le patrimoine culturel, y compris les monuments historiques»; au paragraphe 2 de l’article premier de la Convention sur la protection et l’utilisation des cours d’eau transfrontières et des lacs internationaux, il est précisé que l’«effet sur l’environnement peut prendre plusieurs formes d’atteinte à la santé et à la sécurité de l’homme, à la flore, à la faune, au sol, à l’air, à l’eau, au climat, au paysage et aux monuments historiques ou autres constructions,

24) L'alinéa c définit l'expression «activité dangereuse» comme étant toute activité qui comporte un risque de causer un dommage transfrontière. Il est entendu que ce risque de dommage doit résulter des «conséquences physiques» de l'activité en question, ce qui exclut les effets éventuels de politiques suivies dans les domaines monétaire, socioéconomique ou budgétaire. Le sens et la portée des mots employés sont expliqués dans le commentaire relatif au champ d'application des présents projets de principes.

25) L'alinéa d définit l'État d'origine, à savoir l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exerce l'activité dangereuse. Les termes «territoire», «juridiction» ou «contrôle» sont compris dans le même sens que dans le projet d'articles sur la prévention³⁶⁴. D'autres termes sont également employés aux fins des présents projets de principes. Il s'agit notamment, suivant la définition donnée dans le projet d'articles sur la prévention, de «l'État susceptible d'être affecté» (l'État sur le territoire duquel un dommage transfrontière significatif risque de se produire ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur d'autres lieux où un tel dommage risque de se produire); plusieurs États pourraient être des États susceptibles d'être affectés par un dommage transfrontière donné. Les projets de principes emploient également l'expression «État concerné» (l'État d'origine, tout État affecté et tout État susceptible d'être affecté). L'expression «État affecté» n'est pas définie par le projet d'articles sur la prévention. Aux fins des présents projets de principes, ce serait l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel un dommage survient par suite d'un incident concernant une activité dangereuse dans l'État d'origine. Plus d'un État peut ainsi être affecté. Ces expressions n'ont pas été définies au titre des «termes employés» pour des raisons d'équilibre et d'économie.

26) L'alinéa e définit le «dommage transfrontière» comme étant un dommage survenu dans un État à la suite d'un accident ou d'un incident dû à une activité dangereuse conduite dans un autre État. Cette théorie repose sur les notions bien établies de territoire, juridiction et contrôle d'un État. Dans ce sens, elle se réfère aux dommages causés sur le territoire ou en d'autres lieux extérieurs au territoire mais placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que celui sur le territoire duquel ou sous la juridiction ou le contrôle duquel les activités dangereuses sont

ou à l'interaction de plusieurs de ces facteurs; il peut s'agir aussi d'une atteinte au patrimoine culturel ou aux conditions socioéconomiques résultant de modifications de ces facteurs».

³⁶⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), commentaire du projet d'article 1, par. 7 à 10.*

exercées. Peu importe que les États aient ou non une frontière commune. La définition renvoie par exemple aux activités menées sous la juridiction ou le contrôle d'un État, par exemple sur ses navires ou ses plates-formes en haute mer, qui ont des effets sur le territoire d'un autre État ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle. Il va cependant de soi que d'autres situations pourraient se produire aussi, qui ne peuvent être aisément envisagées.

27) La définition a pour objet de bien faire la distinction entre d'une part l'État sous la juridiction ou le contrôle duquel une activité visée par les présents projets de principes est conduite, et d'autre part l'État qui en a subi l'effet préjudiciable.

28) Comme cela est souvent le cas, les incidents qui relèvent du champ d'application des présents projets de principes peuvent faire des victimes à la fois dans l'État d'origine et dans les autres États où des dommages sont subis. S'agissant de l'indemnisation, en ce qui concerne en particulier les fonds à créer au bénéfice des victimes comme cela est envisagé au projet de principe 4 ci-dessous, il serait possible de prévoir une indemnisation pour les dommages subis dans l'État d'origine. L'article XI de la Convention de Vienne de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires l'envisage³⁶⁵.

29) L'alinéa f définit le terme «victime». La définition inclut les personnes physiques et morales, ainsi que les États en tant que gardiens des biens publics³⁶⁶. Cette définition peut être déduite de la définition du terme «dommage», à l'alinéa a, à laquelle elle est liée et qui inclut les dommages aux personnes, aux biens et à l'environnement³⁶⁷. Une personne qui subit un dommage corporel ou la perte d'un bien ou un dommage causé à un bien serait une victime aux fins des projets de principes. Un groupe de personnes ou de communes pourrait aussi être victime. Dans l'affaire *In the matter of the People of Enewetak* dont a eu à connaître le

³⁶⁵ *International Legal Materials*, vol. 36, 1997, p. 1473.

³⁶⁶ Sur la contribution de Edith Brown-Weiss au développement du concept de «stewardship» ou «trusteeship» comme ayant une forte résonance dans les traditions islamique, judéo-chrétienne, africaine et autres, et sur l'idée que la plupart des systèmes juridiques, y compris ceux du Royaume-Uni et de l'Inde comportent une certaine forme de «public trusteeship», voir Roda Mushkat, *International Environmental Law and Asian Values: Legal Norms and Cultural Influences* (UBC Press, 2004), p. 18. Voir aussi Jona Razzaque, *Public Interest Environmental Litigation in India, Pakistan and Bangladesh* (La Haye: Kluwer Law International, 2004), p. 424, pour le rôle de la théorie du «public trust» en Inde, au Pakistan et au Bangladesh.

³⁶⁷ S'agissant du droit pénal international, voir par exemple la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, résolution 40/34 de l'Assemblée générale du 29 novembre 1985. Voir aussi le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 79.

Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal institué en vertu de la loi de 1987 dite *Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal Act*, le Tribunal a examiné les questions liées à l'indemnisation de la population d'Enewetak pour la perte de jouissance passée et future de l'atoll d'Enewetak, pour la remise en état sûr et productif de l'atoll, pour les épreuves subies par la population d'Enewetak par suite de sa réinstallation liée à la perte de jouissance causée par les essais nucléaires conduits sur l'atoll³⁶⁸. Dans le différend concernant l'*Amoco Cadiz*, à la suite du naufrage du superpétrolier *Amoco Cadiz* au large de la Bretagne, les départements français des Côtes du Nord et du Finistère et un grand nombre de communes, ainsi que plusieurs entreprises, associations et particuliers français, ont engagé une action contre le propriétaire de l'*Amoco Cadiz* et sa société mère aux États-Unis. Les demandes invoquaient des pertes résultant d'affaires non réalisées. Le Gouvernement français lui-même a présenté des demandes de dommages-intérêts au titre de la pollution et des frais de nettoyage³⁶⁹.

30) La définition du terme «victime» est ainsi liée à la question de la qualité pour agir. Certains régimes de responsabilité comme ceux institués par la Convention de Lugano et la Directive 2004/35/CE de l'Union européenne sur la responsabilité environnementale prévoient que des organisations non gouvernementales ont qualité pour agir³⁷⁰. La Convention d'Aarhus de 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement donne elle aussi aux ONG qualité pour agir en défense d'intérêts environnementaux publics³⁷¹. Peuvent aussi être victimes ceux qui, par délégation en vertu de la législation nationale, ont reçu pour mission de sauvegarder ces ressources et qui ont donc qualité pour agir. Le concept de fiducie publique (*public trust*) a permis, dans de nombreux pays, de donner à différentes personnes spécifiées qualité pour agir en vue d'obtenir remise en état et dépollution en cas de dommages transfrontières³⁷². Aux États-Unis par exemple, la loi

³⁶⁸ *International Legal Materials*, vol. 39, 2000, p. 1214. En décembre 1947, la population a été transférée de l'atoll d'Enewetak sur l'atoll d'Ujelang. À cette époque, la surface de l'atoll était de 1 919,49 acres. Lorsque les habitants sont revenus, le 1^{er} octobre 1980, après que 43 essais d'engins nucléaires eurent été effectués, 815,33 acres étaient réutilisables, 949,8 acres étaient inutilisables, et une superficie de 154,36 acres avait été volatilisée.

³⁶⁹ Voir *In the matter of the Oil Spill by the Amoco Cadiz off the coast of France on March 16, 1978*, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. 954 F.2d 1279. Voir aussi Maria Clara Maffei, «The Compensation for Ecological Damage in the "Patmos" case», *in op. cit.*, p. 381.

³⁷⁰ Voir art. 18 de la Convention de Lugano et art. 12 de la Directive 2004/35/CE de l'Union européenne.

³⁷¹ Pour le texte, voir ECE/CEP/43.

³⁷² Peter Wetterstein, «A proprietary or Possessory Interest...», *op. cit.*, p. 50 et 51.

fédérale sur la pollution par les hydrocarbures (*Oil Pollution Act*) reconnaît cette qualité au gouvernement fédéral, à un État, à une tribu indienne ou à un gouvernement étranger. Une autre loi fédérale, intitulée *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA 1980), telle que modifiée en 1986 par la loi dite *Superfund Amendments and Reauthorization Act*, ne donne qualité pour agir qu'au gouvernement fédéral, aux représentants autorisés des États, en tant que «trustees» des ressources naturelles, ou aux «trustees» désignés de tribus indiennes. Dans certains autres pays, des autorités publiques se sont vu accorder le même droit de recours. Ainsi la législation norvégienne donne à des sociétés et organisations privées qualité pour intenter des actions en recouvrement des coûts de remise en état. En France, certaines associations écologiques ont reçu le droit de se porter partie civile dans des affaires pénales concernant la violation de certaines lois sur l'environnement. En Inde, la Cour suprême a accueilli les demandes présentées par des particuliers ou des groupes de personnes dans le cadre de sa jurisprudence bien établie des actions d'intérêt général (*Public interest litigation – PIL*) ou d'actions collectives en vue de protéger l'environnement contre un dommage et a accordé des indemnités aux victimes de pollution industrielle ou chimique³⁷³.

31) L'alinéa g donne une définition du terme «exploitant». Il n'y a pas en droit international de définition générale du terme «exploitant». Celui-ci est toutefois employé dans la législation interne³⁷⁴. Il l'est également dans la pratique conventionnelle, et là, les régimes de réparation des dommages nucléaires prévoient que la responsabilité incombe à l'exploitant³⁷⁵. La définition du

³⁷³ Law Commission of India, cent quatre-vingt-sixième rapport sur la proposition relative à la constitution de tribunaux environnementaux, septembre 2003, p. 31, disponible sur <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports>. Les articles 32 et 226 de la Constitution indienne donnent compétence à la Cour suprême et aux *High Courts* à cet égard. Les tribunaux ont par ailleurs utilisé l'article 21 de la Constitution indienne pour élargir le sens du mot «vie» en y incluant le «droit à un environnement sain». Voir aussi Jona Rozzaque, *Public Interest Environmental...*, op. cit., p. 314 et 315, 429 et 443: l'auteur y examine les arguments selon lesquels l'attitude libérale des tribunaux en Inde, au Pakistan et au Bangladesh envers les actions environnementales a conduit à l'immobilité et l'inefficacité de l'administration ainsi qu'à un embouteillage des tribunaux. Cette contribution est intéressante pour un bilan des progrès accomplis et des réformes nécessaires dans le sous-continent pour promouvoir la protection de l'environnement.

³⁷⁴ Pour la législation interne, voir par exemple la loi des États-Unis relative à la pollution par les hydrocarbures, de 1990: peuvent être tenus pour responsables: a) les parties intéressées, comme le propriétaire ou l'exploitant d'un navire, d'une installation à terre ou offshore, d'un port de mer ou d'un oléoduc; b) le garant, c'est-à-dire la personne, autre que la partie intéressée, qui couvre la responsabilité financière de cette dernière; et c) les tiers, c'est-à-dire les personnes autres que celles visées aux deux alinéas précédents, leurs préposés ou mandataires ou leurs sous-traitants, dont le comportement a été la cause exclusive du dommage. Voir également la loi générale sur l'intervention, l'indemnisation et la responsabilité en matière d'environnement (CERCLA) des États-Unis (42 U.S.C.A., art. 9601 2) A)).

³⁷⁵ Voir la Convention de Paris de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et le Protocole de 2004 portant modification de la Convention de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de

terme «exploitant» varie cependant selon la nature de l'activité. Les régimes de responsabilité objective se caractérisent par l'imputation de la responsabilité à une entité unique, le propriétaire ou l'exploitant. C'est ainsi qu'une personne autre que l'exploitant peut être expressément tenue pour responsable, selon les intérêts en jeu dans le cadre d'une activité dangereuse donnée. Par exemple, lors de la Conférence de 1969 qui a abouti à l'adoption de la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, la possibilité a été explorée d'imputer la responsabilité au propriétaire du navire ou au propriétaire de la marchandise, ou aux deux³⁷⁶. Mais, à l'issue d'un compromis, il a été convenu de retenir la responsabilité objective du propriétaire du navire³⁷⁷.

32) La définition de «l'exploitant» donnée dans les projets de principes est une définition fonctionnelle fondée sur la détermination factuelle relative à l'usage, au contrôle et à la direction de l'activité visée au moment concerné. Pareille définition est généralement conforme aux notions du droit romano-germanique³⁷⁸. De façon générale, si aucune définition de base du terme

l'énergie nucléaire (*exploitant d'une installation nucléaire*) (art. 1^{er}, par. 2), l'exploitant d'une installation nucléaire s'entendant de la personne désignée par l'autorité publique compétente en tant qu'exploitant de l'installation (art. 1^{er}, al. vi); la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (exploitant) (art. IV); le Protocole de 1997 portant modification de la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (exploitant) (art. 1^{er}, al. c); la Convention de 1962 relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires (*exploitant de navires nucléaires*) (art. II).

³⁷⁶ Voir LEG/CONF/C.2/SR.2 à 13, cité dans David W. Abecassis et Richard L. Jarashow, *Oil Pollution from Ships* (Londres, Steven and Sons 1985), 2^e éd., p. 253. Certains régimes prévoient la responsabilité du propriétaire du navire, comme par exemple la Convention de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (art. III, par. 1); la Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute (art. III); la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (art. 7, par. 1).

³⁷⁷ La Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateau de navigation intérieure, qui définit le «transporteur», s'agissant de transport par bateau de navigation intérieure, comme étant «la personne qui, au moment de l'événement, dispose de l'emploi du véhicule à bord duquel les marchandises dangereuses sont transportées» (art. 1^{er}, par. 8); la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par des hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin, qui définit l'exploitant d'une installation sise sur le plateau continental comme étant, à défaut de désignation par les États parties, la personne qui exerce le contrôle global des activités poursuivies sur l'installation (art. 1^{er}, par. 2); et la Directive 2004/35/CE de l'Union européenne sur la responsabilité environnementale, qui prévoit la responsabilité de l'*exploitant*, et où celui-ci est toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle.

³⁷⁸ Voir Elspeth Reid «Liability for Dangerous Activities: A Comparative Analysis», *I.C.L.Q.*, vol. 48 (1999), p. 755.

«exploitant» n'a été élaborée, «la définition de l'exploitant comme celui qui contrôle effectivement, juridiquement ou économiquement l'activité polluante a gagné du terrain»³⁷⁹.

33) Le terme «diriger» renvoie à l'aptitude de l'exploitant à utiliser ou à contrôler les moyens dont il a la charge. Dans ce sens, il peut s'agir de la personne qui utilise un aéronef au moment de la survenance du dommage, ou du propriétaire d'un aéronef s'il a conservé les droits de navigation³⁸⁰. Il importe cependant de rappeler que le terme «exploitant» ne comprend pas les employés qui participent à l'activité au moment pertinent, ou qui la dirigent³⁸¹. Le mot «contrôler» renvoie aux pouvoirs ou aux attributions en matière d'administration, direction, réglementation, gestion ou supervision³⁸². Il pourrait s'agir de la personne qui a reçu par délégation un pouvoir décisif sur le fonctionnement technique d'une activité, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou notifiant une telle activité³⁸³. Il pourrait s'agir également de la société mère ou d'une autre entité connexe, constituée ou non en société, si cette entité détient le contrôle effectif de l'exploitation³⁸⁴. L'exploitant peut être une entité publique ou privée. Il est envisagé qu'un État puisse être l'exploitant aux fins de la présente définition.

³⁷⁹ Voir Marie-Louise Larsson, *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation* (Kluwer Law International, 1999), p. 401.

³⁸⁰ Convention de 1952 relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers (art. 12).

³⁸¹ Voir l'alinéa c de l'article 2 de l'annexe VI au Protocole de Madrid concernant la responsabilité relative aux situations critiques pour l'environnement conclu en juin 2005, qui définit le terme «exploitant» comme étant «toute personne physique et morale, gouvernementale ou non gouvernementale, qui organise des activités dans la zone du Traité sur l'Antarctique». Le terme «exploitant» ne s'entend pas d'une personne physique qui est employé, entrepreneur ou sous-traitant, ou agent ou employé d'une personne physique ou morale, gouvernementale ou non gouvernementale, qui organise des activités dans la zone du Traité sur l'Antarctique, et ne s'entend pas d'une personne morale qui est un entrepreneur ou un sous-traitant agissant au nom d'un État exploitant». Pour le texte, voir www.aad.gov.au.

³⁸² Dans la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute, la définition du «propriétaire du navire» est large: elle englobe le propriétaire inscrit, l'affrètement coque nue, l'armateur gérant et l'exploitant du navire (art. 1^{er}, par. 2).

³⁸³ Directive de l'Union européenne sur la responsabilité environnementale (art. 1^{er}, par. 6).

³⁸⁴ En vertu de l'article 8 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, la responsabilité incombe au premier chef à l'opérateur, défini comme étant une Partie, un organisme ou une entreprise publique d'une Partie, ou une personne morale constituée conformément à la législation d'une Partie, ou une entreprise conjointe consistant exclusivement en une combinaison quelconque des catégories susmentionnées (art. 1^{er}, par. 11). En vertu de l'article 16.1 des clauses types de contrat d'exploration jointes au Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la zone adoptée par l'Autorité internationale des fonds marins le 13 juillet 2000, le *Contractant* est responsable du dommage effectif, s'agissant notamment de dommages causés au milieu marin, imputable à des actes ou omissions illicites, de sa part ou de celle

34) L'expression «au moment de la survenance de l'événement» vise à établir un lien entre l'exploitant et le dommage transfrontière. L'existence du droit à indemnisation est d'autant moins certaine que le lien entre l'événement en cause et le bien prétendument endommagé est plus lâche et plus ténu.

Principe 3

Objectifs

Les présents projets de principes ont pour objectifs:

- a) D'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières; et
- b) De préserver et de protéger l'environnement en cas de dommage transfrontière, en particulier en ce qui concerne l'atténuation des dommages à l'environnement et sa restauration ou sa remise en état.

Commentaire

- 1) Les présents projets de principes ont pour double objectif d'assurer la protection des victimes de dommages transfrontières et de préserver et protéger l'environnement proprement dit en tant que ressource commune de la collectivité.
- 2) L'objectif de protection des victimes de dommages transfrontières constitue l'élément essentiel du sujet depuis le début de son examen par la Commission. Dans son ébauche de plan, Robert Q. Quentin-Baxter s'était également attaché à la nécessité de protéger les victimes, ce qui exigeait «des mesures de prévention qui évitent autant que possible un risque de perte ou de dommage et, en cas d'impossibilité, des mesures de réparation», en soulignant que: «... les pertes ou dommages subis par une victime innocente ne devraient pas être laissés à sa charge...»³⁸⁵. La première considération a déjà été traitée dans le projet d'articles sur la prévention.
- 3) À l'alinéa a, la notion d'indemnisation prompte et adéquate correspond à l'idée et à la volonté d'éviter aux victimes de dommages transfrontières une trop longue attente pour être indemnisées. L'importance d'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de

de ses employés, sous-traitants, agents et de toutes autres personnes travaillant ou agissant pour le compte de ceux-ci dans la conduite des opérations (ISBA/6/A/18, annexe, art. 16).

³⁸⁵ *Annuaire ... 1982*, vol. II (première partie), p. 61, document A/CN.4/360*, par. 53, sect. 5 (par. 2 et 3).

dommages transfrontières est fondée sur le principe énoncé dans la sentence arbitrale relative à la *Fonderie de Trail*³⁸⁶ et dans l'arrêt relatif au *Détroit de Corfou*³⁸⁷ tel qu'il a été ensuite développé et incorporé dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm en ces termes:

«Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans la limite de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.».

4) Le concept de responsabilité et d'indemnisation des victimes apparaît également dans le principe 22 de la Déclaration de Stockholm, où est exprimée la conviction commune que:

«Les États doivent coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages écologiques que les activités menées dans les limites de la juridiction de ces États ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction.»³⁸⁸.

5) Ce concept est plus amplement développé dans le principe 13 de la Déclaration de Rio:

«Les États doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d'autres dommages à l'environnement et l'indemnisation de leurs victimes. Ils doivent aussi coopérer diligemment plus résolument pour développer davantage le droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation en cas d'effets néfastes de

³⁸⁶ Dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1965), il était affirmé ce qui suit:

«[S]elon les principes du droit international . . . , aucun État n'a le droit d'utiliser ni de permettre que soit utilisé son territoire d'une façon telle que des émissions de fumées puissent causer des dommages sur le territoire ou au territoire d'un autre État ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent, quand il s'agit d'un cas grave et que l'existence des dommages a été établie de façon claire et convaincante.».

³⁸⁷ Affaire du *Détroit de Corfou* (*Fond*), *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22. La Cour a affirmé «l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États».

³⁸⁸ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 5-16 juin 1972 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.II.A.14).

dommages causés à l'environnement dans les zones situées au-delà des limites de leur juridiction par des activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle.».

Ces principes ne visent pas à donner naissance à des obligations juridiquement contraignantes mais ils traduisent cependant des aspirations et des préférences de la communauté internationale³⁸⁹.

6) L'alinéa b fait une place importante à la protection et à la préservation de l'environnement et aux obligations connexes d'atténuer les dommages à l'environnement et de le restaurer ou de le remettre, dans la mesure du possible, dans son état initial. Il met ainsi l'accent sur la préoccupation récente de la communauté internationale de reconnaître la protection de l'environnement proprement dit comme une valeur en soi et non seulement dans la perspective d'un dommage aux personnes et aux biens. Il s'agit de préserver l'environnement comme une ressource précieuse, non seulement pour la génération actuelle, mais aussi pour les générations futures. Vu la nouveauté de cette préoccupation et l'intérêt commun qu'il y a à protéger l'environnement proprement dit, il est important de souligner que les dommages à cet environnement pourraient donner lieu à une indemnisation prompte et adéquate, incluant le remboursement des frais raisonnables des mesures d'intervention et de restauration ou de remise en état qui auront été prises.

7) L'objectif est non pas de rétablir ni de remettre l'environnement dans son état initial mais de lui permettre de conserver ses fonctions permanentes. Ce faisant, il n'y a pas lieu en principe d'engager des dépenses disproportionnées aux résultats recherchés et ces dépenses doivent être raisonnables. Lorsque la remise en état ou la réhabilitation de l'environnement n'est pas possible, il est raisonnable d'introduire des éléments équivalents dans l'environnement³⁹⁰.

³⁸⁹ Birnie et Boyle, *International Law...*, op. cit. Il est noté à la page 105 que «ces principes reflètent tous des développements plus récents du droit international et de la pratique des États; leur statut actuel de principes de droit international général est plus contestable; mais l'appui consensuel dont ils bénéficient comme l'atteste la Déclaration de Rio donne une bonne indication de leur nouvelle importance juridique».

³⁹⁰ Pour une analyse de la définition de l'environnement et des éléments indemnifiables d'un dommage causé à l'environnement, voir Barboza, onzième rapport sur la responsabilité internationale, document A/CN.4/468, par. 28. Pour un exposé intéressant du problème du dommage, de la définition du préjudice, du dommage, des effets néfastes et de l'évaluation du dommage, voir M. A. Fitzmaurice, «International Protection of the Environment», *Recueil des Cours*, vol. 293, 2001, p. 225 à 233.

8) En général, comme indiqué ci-dessus dans le commentaire relatif aux «termes employés» portant sur les alinéas iii) à v), la réticence à accepter la responsabilité pour des dommages causés à l'environnement proprement dit, sauf lorsque des personnes ou des biens sont touchés par suite de tels dommages³⁹¹, disparaît progressivement³⁹². En cas de dommage causé aux ressources naturelles ou à l'environnement, il existe un droit à indemnisation ou au remboursement des frais supportés au titre de mesures raisonnables de prévention, de remise en état ou de restauration. Dans le cas de certaines conventions, ce droit est restreint aux mesures *effectivement* entreprises, à l'exclusion du manque à gagner résultant de l'atteinte à l'environnement³⁹³.

³⁹¹ Pour des résultats contrastés, voir *Blue Circle Industries Plc v. Ministry of Defense* [1998] 3 All ER, et *Merlin v. British Nuclear Fuels Plc* [1990] 3 All ER 711.

³⁹² Pour les difficultés afférentes à des demandes concernant des dommages et des perspectives écologiques, voir les affaires *Patmos* et *Haven*. Voir en général Andrea Bianchi, «Harm to the Environment in Italian Practice: The Interaction of International Law and Domestic Law», op. cit., p. 113 à 129. Voir aussi Maria Clara Maffei, «The Compensation for Ecological Damage in the “Patmos” case», op. cit., p. 383 à 390; et David Ong, «The Relationship between Environmental Damage and Pollution: Marine Oil Pollution Laws in Malaysia and Singapore», in Bowman et Boyle, *Environmental Damage...*, op. cit., p. 201 à 204. Voir aussi Sands, «Principles...», op. cit., p. 918 à 922. Voir aussi l'incident *Antonio Gramsci* de 1979 et l'incident *Antonio Gramsci* de 1987, survenu le 6 février 1987. Voir, en général, Wu Chao, *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation* (La Haye: Kluwer Law International, 1996), p. 365 et 366. La résolution n° 3 de 1980 du FIPOL n'autorisait pas le tribunal à évaluer l'indemnisation à verser par le Fonds «sur la base d'une quantification abstraite des dommages calculés conformément à des modèles théoriques». Dans l'affaire de l'*Amoco Cadiz*, le tribunal (Northern District Court of Illinois) a ordonné à la société Amoco Oil de verser 85,2 millions de dollars d'amendes – 45 millions de dollars pour le coût de la marée noire et 39 millions de dollars d'intérêts. Il a refusé l'indemnisation au titre d'un préjudice non économique. Il a ainsi rejeté les demandes concernant le déficit d'image et le préjudice écologique. Il a fait observer: «Il est exact que la commune n'a pu pendant un certain temps offrir des plages propres à ses habitants et qu'elle n'a pas pu assurer la situation normale de paix et de tranquillité qu'elle aurait connue s'il n'y avait eu le trafic intense lié aux mesures de nettoyage», mais a conclu que «la demande relative à la privation de jouissance par les communes n'est pas recevable en droit français». Maria Clara Maffei, «The Compensation for Ecological Damage in the “Patmos” case», Francioni et Scovazzi, «*International Responsibility...*», op. cit., p. 393. En ce qui concerne le déficit d'image, le tribunal a observé que la demande des requérants était susceptible d'indemnisation par des dommages-intérêts mesurables, pour autant qu'il pût être démontré que ce déficit d'image avait entraîné un préjudice spécifique pour la commune en raison de l'absence des touristes et visiteurs qui auraient pu normalement y venir. Néanmoins, c'est là précisément l'objet des demandes individuelles d'indemnisation présentées par des hôtels, restaurants, terrains de camping et autres entreprises situés dans les communes. S'agissant du préjudice écologique, le tribunal a examiné le problème de l'évaluation des «espèces ayant péri dans la zone intertidale du fait de la marée noire» et a observé que «ce préjudice allégué est subordonné au principe de la *res nullius* et n'est pas indemnisable faute de qualité d'une quelconque personne ou entité pour présenter une telle demande», *ibid.*, p. 394. Voir aussi dans l'affaire *In the Matter of the People of Enewetak (International Legal Materials*, vol. 39, 2000, p. 1219), devant le Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal, dans laquelle le tribunal avait l'occasion d'examiner si la remise en état était un remède approprié pour la perte subie par la population de l'atoll d'Enewetak résultant des essais nucléaires menés par les États-Unis. Il a accordé des frais de nettoyage et de remise en état comme suit: 22,5 millions de dollars pour l'évacuation des sols; 15,5 millions de dollars pour le traitement au potassium; 31,5 millions de dollars pour l'élimination des sols (construction d'un viaduc); 10 millions de dollars pour le nettoyage du plutonium; 4 510 000 dollars pour les études; et 17,7 millions de dollars pour la remise en état des sols et la reconstitution de la végétation.

³⁹³ Voir en général le commentaire relatif au projet de principe 2.

9) L'État ou toute autre institution publique qui entreprend des mesures d'intervention ou de remise en état peut en recouvrer ultérieurement le coût sur l'exploitant. Tel est par exemple le cas en vertu de la loi fédérale américaine intitulée *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*, 1980 (CERCLA ou *Superfund*). La loi institue un «superfonds», alimenté par l'argent du contribuable et reconstitué par le recouvrement des frais sur les parties responsables, pour financer des mesures de dépollution en cas de besoin. L'Agence fédérale de protection de l'environnement (US Environmental Protection Agency) administre le «superfonds» et dispose des pouvoirs les plus étendus pour enquêter sur une contamination, choisir les mesures de traitement appropriées et, soit enjoindre aux parties responsables de procéder au nettoyage, soit effectuer elle-même les travaux et en recouvrer le coût³⁹⁴.

10) Outre les fins énoncées dans les présents projets de principes, ceux-ci visent ou impliquent d'autres objectifs, dont les suivants: a) créer des incitations à l'intention de l'exploitant et d'autres personnes ou entités concernées pour prévenir des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses; b) régler les différends entre États à propos de dommages transfrontières d'une manière pacifique favorisant les relations amicales entre États; c) préserver et favoriser la viabilité d'activités économiques qui sont importantes pour le bien-être des États et des populations; d) et offrir une indemnisation d'une manière prévisible, équitable, rapide et économiquement rationnelle. Chaque fois que cela est possible, il conviendrait d'interpréter et d'appliquer les projets de principes en visant l'ensemble de ces objectifs³⁹⁵.

11) En particulier, le principe d'une indemnisation «prompte et adéquate» par l'exploitant devrait aussi être perçue dans la perspective de parvenir à l'«internalisation des coûts» qui était au cœur, à l'origine, du principe «pollueur-payeur». Il s'agit d'un principe selon lequel il convient d'internaliser les véritables coûts économiques des mesures de lutte contre la pollution, de dépollution et de protection, à l'intérieur du coût de l'exercice de l'activité elle-même. L'objectif est que les gouvernements ne faussent pas les coûts du commerce international et de l'investissement en subventionnant ces coûts environnementaux. La politique de l'OCDE et de

³⁹⁴ Pour une analyse de CERCLA, voir Brighton et Askman, «The role of the Government Trustees in Recovering Compensation for Injury to Natural Resources», in Peter Wetterstein (dir. publ.), *Harm to the Environment...*, op. cit., p. 183 et 184.

³⁹⁵ Voir aussi Lucas Bergkamp, *Liability and Environment: ...*, op. cit., p. 70, note 19, qui a identifié sept fonctions d'un régime de responsabilité, à savoir réparation, répartition des pertes, assignation des risques, sanction, justice commutative, restitution et dissuasion et prévention.

l'Union européenne consacre ce principe. Dans son application, le principe ainsi consacré est susceptible de variations dans différents contextes.

12) En un sens, il vise à inciter l'exploitant et les autres personnes ou entités concernées à empêcher qu'une activité dangereuse ne cause un dommage transfrontière. Le principe «pollueur-payeur» est visé dans un certain nombre d'instruments internationaux. Il est formulé en termes très généraux en tant que principe 16 de la Déclaration de Rio:

«Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement.»

13) Dans la pratique conventionnelle, le principe a fondé l'élaboration de régimes de responsabilité objective. Ainsi est-il considéré dans le préambule de la Convention de Lugano «l'opportunité d'établir dans ce domaine un régime de responsabilité objective tenant compte du principe "pollueur-payeur"». Le Protocole de Kiev de 2003 vise, dans son préambule, le «principe du pollueur-payeur» en tant que «principe général du droit international de l'environnement, accepté aussi par les Parties» à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux de 1992 et à la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels de 1992³⁹⁶. Le principe a aussi servi à justifier les décisions de juridictions nationales en matière de réparation et d'indemnisation³⁹⁷.

³⁹⁶ Le principe est également visé, par exemple, dans la Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (E/ECE/1267, *Annuaire juridique* 1992); la Convention sur la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est de 1992 (Convention OSPAR) (*Revue générale de droit international public*, 1992, t. XCVI, p. 981); la Convention sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique de 1992 (94/157/CE); la Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution de 1992 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1764, n° 30764); la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux de 1992; la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels de 1992 et la Convention de Lugano de 1993; ainsi que dans la Directive 2004/35/CE de l'Union européenne sur la responsabilité environnementale.

³⁹⁷ Dans son rapport relatif à la mise en œuvre d'Action 21, l'ONU relève ce qui suit:

«Des progrès ont été réalisés dans l'incorporation des principes de la Déclaration de Rio ... – notamment ... le principe pollueur-payeur ... – dans les différents instruments juridiques internationaux et nationaux. Si l'on a enregistré certains progrès dans la mise en œuvre des engagements souscrits lors de la Conférence [des Nations Unies sur l'environnement et le développement] par le biais de divers instruments juridiques

14) Le principe a ses limites. Il a ainsi été noté:

«La mesure dans laquelle la responsabilité civile oblige le pollueur à payer pour des dommages environnementaux dépend d'une multitude de facteurs. Si la responsabilité est fondée sur la négligence, non seulement celle-ci devra être prouvée, mais un dommage qui n'est ni raisonnablement prévisible ni raisonnablement évitable ne sera pas indemnisé et c'est la victime ou le contribuable, et non le pollueur, qui supportera la perte.

La responsabilité objective se rapproche davantage du principe du "pollueur-payeur", sauf si elle est limitée dans son montant, comme c'est le cas dans les régimes internationalement convenus relatifs aux navires pétroliers ou aux installations nucléaires.

internationaux, il reste beaucoup à faire pour donner véritablement corps aux principes de Rio tant dans la législation que dans la pratique.»

Documents officiels de l'Assemblée générale, dix-neuvième session extraordinaire, Supplément n° 2 (A/S-19/33), par. 14.

Cependant, le principe du pollueur-payeur a été affirmé par différentes juridictions internes. La Cour suprême de l'Inde, dans l'affaire *Vellore Citizens' Welfare Forum v. Union of India*, 1996 (5) SCC 647, a noté que le principe de précaution et le principe du pollueur-payeur, ainsi que la nouvelle charge de la preuve, qui trouvent un appui dans les articles 21, 47, 48A et 51A g) de la Constitution indienne, faisaient maintenant «partie du droit du pays en matière d'environnement». Rapport de la Commission indienne du droit, voir Commission indienne du droit, cent quatre-vingt-sixième rapport sur la proposition tendant à instituer des tribunaux de l'environnement, septembre 2003. L'accès à la justice, notamment en matière d'environnement, est un aspect essentiel de l'article 21 de la Constitution indienne. <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports>, p. 36. La Nouvelle-Zélande et l'Australie ont déjà des tribunaux de l'environnement. Le principe du pollueur-payeur est reconnu dans de nombreuses lois provinciales du Canada concernant la responsabilité pour les dommages à l'environnement et la réparation. En Espagne, les tribunaux se sont référés au principe *cuius est commodum eius est incommodum*, selon lequel celui qui tire profit d'une activité doit également payer pour les dommages qui en résultent, pour imposer la responsabilité à des personnes à raison de dommages causés par des mines, des déchets, des fuites d'eau et de gaz toxiques. Au Japon, en cas de pollution causée par des activités minières et de pollution maritime, le pollueur assume les frais du nettoyage du patrimoine naturel et de la remise des biens de la victime en leur état antérieur. Le droit français entérine sous différentes formes le principe du pollueur-payeur. Dans l'affaire *Époux Vullion c. Société immobilière Vernet-Christophe*, JCP 1971.2.16781, la cour de cassation a jugé que «le droit pour un propriétaire de jouir de sa chose de la manière la plus absolue, sauf usage prohibé par la loi ou les règlements, est limité par l'obligation qu'il a de ne causer à la propriété d'autrui aucun dommage dépassant les inconvénients normaux du voisinage». Le Code suédois de l'environnement de 1998, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999, oblige la partie responsable dans une mesure raisonnable de la pollution à assumer les frais des enquêtes, du nettoyage et de l'atténuation des dommages. Le critère du caractère raisonnable est évalué par rapport: a) au temps écoulé depuis la survenance de la pollution; b) au risque pour l'environnement; c) à la contribution de l'exploitant. L'Irlande a intégré, dans sa législation, des traités imposant la responsabilité objective pour les déversements de pétrole et déchets dangereux des navires. Les tribunaux irlandais ont déjà commencé à appliquer le principe du pollueur-payeur. Au Brésil, la responsabilité objective est en train de devenir la norme en cas de dommages résultant d'activités dangereuses ou d'activités qui causent ou peuvent causer des dommages à l'environnement. L'intention n'a pas à être prouvée. En vertu de la loi nationale sur la gestion de l'environnement qu'elle a adoptée en 1998, l'Afrique du Sud impute la responsabilité objective aux exploitants qui peuvent causer, ont causé ou causent une pollution, une dégradation de l'environnement ou un dommage environnemental importants. Singapour considère comme objectivement responsable d'une infraction pénale le pollueur qui cause un dommage, même sans qu'il y ait intention ou négligence, et lui impose l'obligation de nettoyage. Voir également l'Étude des régimes de responsabilité du Secrétariat, A/CN.4/543, par. 272 à 286.

En outre, une définition étroite du dommage peut exclure les dommages à l'environnement qui ne peuvent être aisément quantifiés en termes monétaires comme les dommages causés à la nature, ou qui affectent la qualité de l'environnement sans causer de dommage physique effectif.»³⁹⁸.

15) Il a été en outre affirmé que le principe ne peut être traité comme une règle rigide d'application universelle, pas plus que les moyens employés pour le mettre en œuvre ne seront les mêmes dans tous les cas³⁹⁹ et qu'ainsi il faudra nécessairement beaucoup de souplesse pour tenir pleinement compte des différences de nature du risque et de la faisabilité économique d'une internalisation intégrale des coûts environnementaux dans des secteurs industriels ayant plus ou moins les moyens de les supporter⁴⁰⁰. Certains commentateurs doutent que le principe du «pollueur-payeur» ait acquis la valeur de règle généralement applicable de droit international coutumier, sauf peut-être par rapport aux États de l'UE, de la CEE-ONU et de l'OCDE⁴⁰¹.

³⁹⁸ Birnie et Boyle, *International Law...*, op. cit., p. 93 et 94.

³⁹⁹ Ibid., p. 94 et 95. Voir aussi l'Étude des régimes de responsabilité du Secrétariat, A/CN.4/543, chap. II.

⁴⁰⁰ Birnie et Boyle, *International Law...*, op. cit., p. 95. Les auteurs ont noté que la référence à l'«intérêt public» dans le principe 16 de la Déclaration de Rio laisse une grande place aux exceptions et que, tel qu'il a été adopté à Rio, le principe «n'est ni absolu ni obligatoire» (p. 93). Ils ont également noté que dans le cas des installations nucléaires en Europe orientale les gouvernements de pays d'Europe occidentale, qui représentent un vaste groupe de victimes potentielles, ont financé les ouvrages nécessaires pour améliorer les normes de sécurité (p. 94).

⁴⁰¹ Philippe Sands, *Principles...*, op. cit., p. 282. Pour une illustration de la souplesse avec laquelle ce principe est appliqué dans le contexte de l'OCDE et de l'UE, p. 281 à 285. Rudiger Wolfrum note que «bien que la Convention internationale sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures de 1990 et la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels qualifient toutes deux dans leur préambule le principe du pollueur-payeur de “principe général du droit international de l'environnement”, cette vue n'est pas étayée étant donné la pratique des États-Unis et les incertitudes concernant la portée et les conséquences du principe», voir Rudiger Wolfrum, «Transboundary Pollution», in Fred L. Morrison et Rudiger Wolfrum (dir. publ.), *International, Regional, and National Environmental Law...*, op. cit. Voir de manière générale Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* (Oxford: OUP, 2002), p. 21 à 59.

Dans l'arbitrage entre la France et les Pays-Bas concernant l'application de la Convention du 3 décembre 1976 relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures et du Protocole additionnel du 25 septembre 1991 (France/Pays-Bas), le tribunal arbitral a été invité à examiner le principe du «pollueur-payeur» lors de son interprétation de la Convention, bien que ce principe n'y soit pas expressément visé. Le tribunal a conclu dans sa sentence en date du 12 mars 2004 que, malgré son importance en droit conventionnel, le principe du pollueur-payeur ne fait pas partie du droit international général et qu'il n'était donc pas pertinent pour son interprétation de la Convention. Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976. Le tribunal a affirmé dans le passage pertinent, aux paragraphes 102 et 103 de sa décision:

«102. ... Le tribunal note que les Pays-Bas, à l'appui de leur demande, ont fait référence au principe du “pollueur-payeur”.

16) L'idée d'une indemnisation prompte et adéquate est liée à la question du calcul de l'indemnisation. Le droit international général ne précise pas les «principes, critères ou modes de détermination a priori des modalités de la réparation à effectuer pour des préjudices causés par des actes ou omissions illicites»⁴⁰². La réparation en droit international est une conséquence de la violation d'une obligation primaire. L'obligation générale d'effectuer une réparation intégrale est réaffirmée à l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴⁰³. La teneur de cette obligation a été explicitée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow*, dans laquelle elle a affirmé incidemment:

«Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place, tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international.»⁴⁰⁴.

17) La norme de l'*Usine de Chorzow* s'applique à des faits internationalement illicites, que ne couvrent pas les présents projets de principes. Elle est néanmoins utile pour apprécier les limites et le parallélisme qu'il convient d'établir à l'égard des activités visées par ces derniers. On peut se demander sur la base de quels principes l'indemnisation pourrait être accordée: ne devrait-elle

103. Le tribunal observe que ce principe figure dans certains instruments internationaux, tant bilatéraux que multilatéraux, et se situe à des niveaux d'effectivité variables. Sans nier son importance en droit conventionnel, le tribunal ne pense pas que ce principe fasse partie du droit international général.»

Sentence arbitrale du 12 mars 2004, disponible sur <http://www.pca-cpa.org>.

⁴⁰² Garcia-Amador, Sohn et Baxter (dir. publ.), *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injury to Aliens* (Dobbs Ferry, NY), 1974, 89. Voir aussi Alan Boyle, «Reparation for Environmental Damage in International Law: Some Preliminary Problems», in Bowman et Boyle, *Environmental Damage...*, op. cit., p. 17 à 26. Julio Barboza, Rapporteur spécial, onzième rapport, document A/CN.4/468 (1995).

⁴⁰³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, art. 31 et son commentaire.

⁴⁰⁴ *Usine de Chorzow, (Fond), 1927, C.P.J.I. série A n° 9*, p. 47.

être accordée qu'au titre des pertes effectivement subies par la victime dans la mesure où elles peuvent être évaluées? Ou l'indemnisation devrait-elle aller au-delà et être fonction des facultés de paiement de l'exploitant? Deux principes directeurs semblent pertinents. Le premier est que les indemnités accordées ne doivent pas avoir une fonction punitive⁴⁰⁵. Le second est que la victime ne peut être indemnisée que pour la perte subie sans pouvoir attendre un profit financier du dommage causé⁴⁰⁶. Tout en gardant à l'esprit ces deux principes fondamentaux, il peut néanmoins être observé que sur la base de l'équité, ainsi que du principe du pollueur-payeur, l'exploitant ne devrait être autorisé à rechercher un lieu sûr pour entreprendre des activités dangereuses comportant un risque que s'il est prêt à payer pour les dommages causés, ce qui l'incitera à exercer la plus grande prudence et une diligence raisonnable pour prévenir en premier lieu tout dommage⁴⁰⁷.

18) Certains principes généraux concernant le paiement de l'indemnisation ont pris forme au fil du temps et ont été consacrés par la Cour internationale de Justice et d'autres tribunaux internationaux. Ils peuvent être résumés ainsi⁴⁰⁸: a) tout dommage susceptible d'évaluation financière, c'est-à-dire tout dommage pouvant être évalué en termes financiers, est susceptible d'indemnisation; b) cela comprend les dommages subis par l'État, dommages à ses biens ou à son personnel ou frais raisonnablement encourus pour remédier à des dommages ou les atténuer, ainsi que dommages subis par des personnes physiques ou morales, s'agissant tant de ressortissants que de résidents ayant subi un préjudice sur son territoire; c) les circonstances propres de l'affaire, la teneur de l'obligation violée, l'appréciation du caractère raisonnable des mesures prises par les parties à l'égard du dommage causé, et enfin des considérations d'équité

⁴⁰⁵ Voir B. Graefrath, «Responsibility and Damage Caused: Relationship Between Responsibility and Damages», *Recueil des Cours...* 1984-II, vol. 185 (1985), p. 100 à 102. *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission en 2001, art. 36 et son commentaire.

⁴⁰⁶ Pour les principes énoncés dans l'affaire du «*Lusitania*» et l'affaire de l'*Usine de Chorzow* quant à la fonction de l'indemnisation, voir *ibid.*, art. 36 et son commentaire.

⁴⁰⁷ La Cour suprême indienne dans l'affaire *M. C. Mehta v. Union of India* (affaire de la fuite de gaz Oleum) (1987 SC 1086) a souligné que «le montant de l'indemnisation payable pour les dommages causés par suite d'un accident dans l'exercice de l'activité à risque ou dangereuse par l'entreprise doit être d'autant plus élevé que celle-ci est grande et prospère». Voir Commission indienne du droit, cent quatre-vingt-sixième rapport sur la proposition tendant à instituer des tribunaux de l'environnement, septembre 2003, p. 31, disponible sur le site <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports>.

⁴⁰⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, art. 36 et son commentaire, ainsi que les affaires qui y sont citées.

et d'arrangement mutuel. Ces facteurs détermineront les conditions ou les chefs au titre desquels des montants précis d'indemnité seraient payables. Il est dès lors possible de dégager les principes directeurs ci-après des décisions rendues par des juridictions et instances internationales⁴⁰⁹: une indemnisation est payable pour un dommage personnel, pour des pertes matérielles qui y sont directement associées comme le manque à gagner et la diminution de la capacité de gain, pour des frais médicaux y compris le coût d'une réadaptation totale; une indemnisation est également payable pour des dommages immatériels subis, par exemple, du fait de la perte d'un être cher, du *pretium doloris*, ainsi que de l'atteinte à la personne, à son domicile ou à sa vie privée⁴¹⁰.

19) S'agissant des dommages aux biens, la perte est normalement évaluée par rapport à la valeur en capital, au manque à gagner et aux dépenses accessoires. Dans cette perspective, il a été recouru à différentes méthodes et notions d'évaluation comme celles de «l'évaluation loyale et marchande», de «la valeur comptable nette», de la «valeur de liquidation ou de dissolution», des «flux monétaires actualisés» tenant compte des éléments de risque et de probabilité. Sur ces questions et d'autres concernant le calcul de l'indemnisation, il existe une ample documentation, notamment dans le contexte des préjudices causés aux étrangers et à leur patrimoine par la nationalisation de leurs entreprises ou de leurs biens⁴¹¹.

20) Les principes développés dans le contexte des différends concernant les investissements étrangers ne sont pas automatiquement transposables aux problèmes d'indemnisation dans le domaine des dommages transfrontières. Il peut se poser des questions délicates quant aux demandes ouvrant droit à indemnisation, par exemple pour préjudice économique, *pretium doloris*, invalidité permanente, préjudice d'agrément ou perte d'un consortium, ainsi qu'à l'évaluation du préjudice. De même, un dommage causé à un bien susceptible d'être réparé ou remplacé pourrait être indemnisé sur la base de la valeur de réparation ou de remplacement. Il est difficile d'indemniser des dommages causés à des objets ayant une valeur historique ou

⁴⁰⁹ Ibid., ainsi que les affaires qui y sont citées.

⁴¹⁰ Ibid., par. 16. Voir aussi Vinod Shankar Misra, «Emerging Right to Compensation in Indian Environmental Law», *Delhi Law Review*, vol. 23 (2001), p. 58 à 79.

⁴¹¹ R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary* (La Haye: Kluwer Law International, 2005), chap. VII sur les méthodes d'évaluation des pertes, p. 1331 à 1372. Voir aussi C. F. Amerasinghe, «Issues of Compensation for the Taking of an Alien Property in the light of recent Cases and Practice», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), p. 22 à 65.

culturelle, si ce n'est sur la base d'évaluations arbitraires faites au cas par cas. En outre, l'existence du droit à indemnisation est d'autant moins certaine que le lien entre l'événement en cause et le bien prétendument endommagé est plus lâche et plus ténu. Le commentaire du projet de principe 2 indique dans quelle mesure certains de ces problèmes ont été surmontés.

Principe 4

Indemnisation prompte et adéquate

1. Chaque État devrait prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'une indemnisation prompte et adéquate soit accordée aux victimes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses se déroulant sur son territoire ou placées sous sa juridiction ou son contrôle.
2. Ces mesures devraient comprendre la mise de la responsabilité à la charge de l'exploitant ou, le cas échéant, d'une autre personne ou entité. Cette responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute. Toutes conditions, restrictions ou exceptions à ladite responsabilité doivent être compatibles avec le projet de principe 3.
3. Ces mesures devraient aussi prévoir l'obligation pour l'exploitant ou, le cas échéant, pour une autre personne ou entité, de mettre en place et garder une garantie financière, telle qu'une assurance, des cautionnements ou une autre garantie pour faire face aux demandes d'indemnisation.
4. S'il y a lieu, ces mesures devraient également prévoir l'obligation de créer des fonds alimentés par la branche d'activité au niveau national.
5. Au cas où les mesures visées aux paragraphes précédents seraient insuffisantes pour accorder une indemnisation adéquate, l'État d'origine devrait en outre assurer la disponibilité de ressources financières supplémentaires.

Commentaire

1) Ce projet de principe reflète le rôle important que jouerait l'État d'origine dans l'établissement d'un système viable pour respecter le principe d'une «indemnisation prompte et adéquate». L'expression «chaque État» renvoie dans le présent contexte à l'État d'origine. Ce principe comprend quatre éléments étroitement liés entre eux: a) l'État devrait assurer une indemnisation prompte et adéquate et, à cette fin, instaurer un régime de responsabilité approprié; b) tout régime ainsi établi peut mettre la responsabilité principale à la charge de l'exploitant, et ne devrait pas faire dépendre la responsabilité de la preuve d'une faute; c) les conditions, restrictions ou exceptions éventuelles à cette responsabilité ne devraient pas aller à l'encontre de l'objectif du principe d'une indemnisation prompte et adéquate; et d) diverses

formes de cautionnement, d'assurance et de financement par la branche d'activité devraient permettre d'offrir des garanties financières suffisantes d'indemnisation. Ces idées sont exprimées dans les cinq paragraphes du projet de principe 4.

2) Il faut rappeler qu'aux fins des présents projets de principes, on part du postulat que l'État d'origine se serait pleinement acquitté de toutes les obligations qui lui incombent en matière de prévention en vertu du droit international. Sans préjudice d'autres réclamations qui pourraient être faites en vertu du droit international, la responsabilité (*responsibility*) des États pour dommage dans le contexte des présents principes n'est donc pas envisagée.

3) Ainsi, le paragraphe 1 est axé sur le principe selon lequel l'État devrait garantir une indemnisation prompte et adéquate. L'État lui-même n'est pas nécessairement tenu de verser cette indemnisation. Le principe, sous sa forme actuelle, fait écho à une demande croissante et un consensus de plus en plus large au sein de la communauté internationale: on s'attend de manière générale à ce que les États, dans le cadre des arrangements en vertu desquels ils permettent que des activités dangereuses soient menées sous leur juridiction et leur contrôle, s'assurent qu'il existe aussi des mécanismes appropriés pour faire face aux demandes d'indemnisation en cas de dommage.

4) L'accent est mis dans le paragraphe 1 sur toutes les «mesures nécessaires» et chaque État se voit accorder suffisamment de latitude pour atteindre l'objectif recherché, c'est-à-dire assurer une indemnisation prompte et adéquate. Cela est mis en évidence sans préjudice des versements à titre gracieux ou des mesures d'urgence et de secours que les États ou d'autres entités responsables pourraient par ailleurs envisager en faveur des victimes.

5) Comme il a été noté dans le commentaire relatif aux «Objectifs» des présents projets de principes, la nécessité d'établir des régimes de responsabilité dans un contexte international a été reconnue et trouve son expression, par exemple, dans le principe 22 de la Déclaration de Stockholm de 1972 et le principe 13 de la Déclaration de Rio de 1992⁴¹².

⁴¹² Voir également la Déclaration ministérielle de Malmö de 2000 et le Programme de Montevideo III de 2001 approuvé et adopté dans sa décision 21/23 par le Conseil d'administration du PNUE à sa vingt et unième session ainsi que le Plan d'application du Sommet mondial pour le développement durable, A/CONF.199/20, résolution 2 du 2 septembre 2002, annexe.

6) On pourrait faire remonter le principe fondamental selon lequel un État devrait assurer l'indemnisation prompte et adéquate des dommages causés par des activités dangereuses à l'arbitrage rendu dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, dans laquelle existaient des éléments de preuve clairs et convaincants qu'une fonderie située dans un État causait des effets et des dommages graves à des biens situés dans un autre État. Depuis lors, de nombreux traités, quelques décisions importantes, et quantité de lois et de pratiques nationales ont donné un poids considérable à des demandes d'indemnisation concernant des pollutions et des dommages transfrontières. Certains commentateurs y voient une obligation de droit coutumier⁴¹³.

7) La norme relative au caractère prompt et adéquat de l'indemnisation qui figure au paragraphe 1 s'appuie aussi sur la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*⁴¹⁴. La notion de «promptitude» vise les procédures régissant l'accès à la justice, lesquelles influeraient sur le temps et la durée nécessaires pour que soient rendues les décisions concernant l'indemnisation payable dans un cas déterminé. Il est par ailleurs d'autant plus nécessaire de souligner ce critère qu'un procès engagé devant des juridictions internes pour obtenir une indemnisation pourrait être onéreux et durer plusieurs années, comme celui de l'*Amoco Cadiz* qui a duré 13 ans⁴¹⁵. Afin d'élargir l'accès à une justice plus efficace et plus rapide, il a été

⁴¹³ Pour l'indication de différentes sources permettant de parvenir à cette conclusion, voir Peter-Tobias Stoll, «Transboundary Pollution», in Fred L. Morrison et Rudiger Wolfrum (dir. publ.), *International, Regional and National Environmental Law...*, op. cit., p. 169 à 174. Peter-Tobias Stoll note ce qui suit:

«Il faut néanmoins rappeler que le principe d'interdiction est fondé sur le droit souverain des États sur leur territoire. La nécessité de viser un droit spécifique fondé sur une seule composante pour présenter une réclamation à propos d'une pollution transfrontière n'est pas démontrée. D'où la conclusion que l'interdiction de toute pollution transfrontière est fondée sur l'intérêt qu'a l'État de préserver l'intégrité de l'environnement sur son territoire. Le droit conventionnel traduit cette notion... La souveraineté, tout en créant un droit à l'intégrité de l'environnement d'un territoire ou d'une région d'une part, constitue d'autre part la base même de la responsabilité des États pour la pollution trouvant son origine sur leur territoire.»

Il est dit en outre que les principes d'abus de droits et de bon voisinage auraient fourni la base de l'interdiction des dommages transfrontières. Voir Johan G. Lammers, «Transfrontier Pollution and International Law, The Present State of Research», in Académie de droit international de La Haye, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, *La pollution transfrontière et le droit international* (1986), p. 100.

⁴¹⁴ Voir le principe 10 de la Déclaration de Rio et l'article 235, par. 2, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, l'article 2, par. 1, des articles d'Helsinki sur les cours d'eau internationaux de 1996, élaborés par l'Association de droit international, et les précédents du droit des droits de l'homme. Voir aussi Alan E. Boyle, «Globalizing Environmental Liability: the Interplay of National and International Law», *Journal of Environmental Law*, vol. 17 (2005), p. 18.

⁴¹⁵ Emmanuel Fontaine, «The French Experience: “Tanio” and “Amoco Cadiz” incidents compared», in Colin M. De La Rue, *Liability for Damage to the Environment* (Londres: Lloyds of London Press, 1993), p. 105. De même, dans le cas du nuage de gaz de Bhopal, il est indiqué qu'au moment où l'affaire a été examinée pour la

proposé d'instituer des tribunaux spéciaux nationaux ou internationaux dans le domaine de l'environnement⁴¹⁶.

8) En revanche, la notion d'une indemnisation «adéquate» renvoie à plusieurs questions⁴¹⁷. Par exemple, le versement d'un montant forfaitaire ayant fait l'objet d'un accord à l'issue de négociations entre l'exploitant ou l'État d'origine et les victimes ou les autres États concernés, après le regroupement des demandes d'indemnisation de toutes les victimes, pourrait constituer une indemnisation adéquate. Il en irait de même d'une indemnisation fixée par un tribunal au terme d'un procès engagé devant lui, sous réserve de confirmation par les juridictions supérieures en cas de besoin. Elle est *ipso facto* adéquate tant que les conditions d'une procédure régulière sont remplies. Dès lors qu'une indemnisation déterminée n'est ni arbitraire ni hors de proportion avec le dommage effectivement subi, même si elle n'est pas intégrale, elle peut être considérée comme adéquate. En d'autres termes, adéquat ne signifie pas «suffisant».

9) L'expression «sur son territoire ou ... sous sa juridiction ou son contrôle» a la même signification que celle employée au paragraphe 1 a) de l'article 6 du projet d'articles sur la prévention⁴¹⁸.

première fois par la Cour suprême indienne pour qu'elle statue sur le caractère approprié ou non des indemnités provisoires prononcées à l'encontre d'Union Carbide pour le compte des victimes, le procès durait en Inde depuis plus de cinq ans sans même avoir atteint le stade de la communication des pièces, voir Kenneth F. McCallion et H. Rajan Sharama, «International Resolution of Environmental Disputes and Bhopal Catastrophe», in Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage (dir. publ.), *International Investments and Protection of the Environment* (La Haye: Kluwer Law International, 2001), p. 249. Il est également indiqué qu'il a fallu 14 ans dans l'arbitrage relatif à la *Fonderie de Trail* pour parvenir à une décision sur les demandes des parties privées. Voir Philip McNamara, *The Availability of Civil Remedies to Protect Persons and Property from Transfrontier Pollution Injury* (Alfred Metzener Verlag, Francfort, 1981), p. 70.

⁴¹⁶ A. Rest, «Need for an International Court for Environment? Underdeveloped Legal Protection for the Individual in Transnational Litigation», *Environmental Policy and Law*, vol. 24 (1994), p. 173 à 187. Sur l'idée que la création d'une juridiction internationale de l'environnement n'est peut-être pas la bonne réponse au «besoin d'améliorer la règle de droit par l'accès à la justice et la représentation des intérêts collectifs», voir Ellen Hey, «Reflections in an International Environmental Court», in Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage (dir. publ.), *International Investments...*, op. cit., p. 299 et 300. À l'échelon national, la Commission indienne du droit a défendu de façon convaincante la création de tribunaux nationaux de l'environnement en Inde. Voir Commission indienne du droit, op. cit. La Nouvelle-Zélande et l'Australie ont déjà des tribunaux de l'environnement. Voir le site: <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports>.

⁴¹⁷ Pour une énumération exhaustive des cas d'application du principe d'une indemnisation prompt, adéquate et efficace dans la pratique, voir René Lefeber, *Transboundary Environmental Interference...*, op. cit., chap. 7, p. 229 à 312.

⁴¹⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, art. 1^{er} et par. 7 à 12 du commentaire.

10) Le paragraphe 2 énonce la première mesure importante que chaque État peut prendre, à savoir la mise de la responsabilité à la charge de l'exploitant ou, le cas échéant, d'une autre personne ou entité. La définition de «l'exploitant» donnée dans les projets de principes est une définition fonctionnelle fondée sur la détermination factuelle relative à l'usage, au contrôle et à la direction de l'activité visée au moment concerné. Il convient de souligner qu'en cas de dommage significatif c'est à l'exploitant de l'installation qu'est généralement imputée la responsabilité⁴¹⁹. Il existe néanmoins d'autres possibilités. Dans le cas des navires, c'est le propriétaire, et non pas l'exploitant, qui se voit imputer la responsabilité. Ainsi, les affréteurs – qui peuvent être les exploitants effectifs – ne sont pas responsables dans le régime de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Dans les autres cas, la responsabilité est imputée à plusieurs entités. Selon le Protocole de Bâle, les générateurs, les exportateurs, les importateurs et les éliminateurs de déchets sont tous potentiellement responsables à différents stades des mouvements de déchets. Le principe de base sous-jacent en réalité n'est pas que c'est l'exploitant qui est toujours responsable, mais que la partie à laquelle incombe la responsabilité au premier chef est celle qui était la mieux placée pour maîtriser le risque au moment de l'accident ou qui est à même d'indemniser les victimes.

11) Plusieurs raisons expliquent que la responsabilité de l'exploitant ait gagné du terrain, mais la principale est l'idée selon laquelle celui qui crée des risques importants en cherchant à faire des bénéfices économiques doit porter la responsabilité des conséquences néfastes de l'activité qu'il contrôle⁴²⁰. L'idée de faire peser sur l'exploitant la responsabilité principale est largement admise dans les régimes institués par des traités internationaux et dans les législations et pratiques nationales⁴²¹.

⁴¹⁹ Selon Goldie, c'est avec les conventions sur la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires qu'est apparue la nouvelle tendance consistant à renvoyer la responsabilité sur l'exploitant quelle que soit la longueur de la chaîne causale ou la nouveauté des facteurs qui entrent en jeu (en dehors d'un nombre très limité de facteurs exonérateurs). Voir L. F. E. Goldie, «Concepts of Strict and Absolute Liability and the Ranking of Liability in terms of Relative Exposure to Risk», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI (1985), p. 196. Voir aussi Goldie, «Liability for Damage and the Progressive Development of International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), p. 1215 à 1218.

⁴²⁰ Pour une étude intéressante des facteurs économiques, politiques et stratégiques qui jouent sur les choix relatifs à l'imputation de la responsabilité, voir Gunther Doeker et Thomas Gehring «Private or International Liability for Transnational Environmental Damage – The Precedent of Conventional Liability Regimes», *Journal of Environmental Law*, vol. 2 (1990), p. 7.

⁴²¹ Voir l'Étude des régimes de responsabilité du Secrétariat, A/CN.4/543, par. 340 à 386.

12) La deuxième phrase du paragraphe 2 dispose que cette responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute. Diverses expressions sont utilisées pour décrire la doctrine contemporaine imposant la responsabilité objective, dont la «responsabilité sans faute», la «négligence sans faute», la «responsabilité présumée», la «négligence objective», la «responsabilité objective» ou la «responsabilité pour risque créé»⁴²². La formule «cette responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute» vise à appréhender toute la gamme de ces expressions.

13) Les activités dangereuses et extrêmement dangereuses, qui sont l'objet des présents projets de principes, font intervenir des opérations complexes et comportent un risque inhérent de causer un dommage significatif. Il est largement reconnu en la matière qu'il serait injuste et inopportun de faire supporter aux demandeurs la lourde charge de prouver qu'il y a eu faute ou négligence dans le cas d'activités technologiquement complexes dont les risques et le mode opératoire sont des secrets jalousement gardés par la branche d'activité concernée. La responsabilité objective est reconnue dans de nombreux pays s'agissant de l'attribution de la responsabilité pour les activités comportant un danger ou un risque inhérent⁴²³. L'imposition de la responsabilité objective pour les activités extrêmement ou anormalement dangereuses a été considérée comme le moyen le plus approprié, tant en *common law* qu'en droit civil, pour permettre aux victimes d'activités dangereuses et extrêmement dangereuses d'obtenir une indemnisation sans devoir établir la preuve de la faute à partir d'éléments de preuve techniques souvent détaillés⁴²⁴, ce qui les obligerait à avoir une connaissance approfondie d'activités ou d'opérations complexes. L'imposition de la responsabilité objective est d'autant plus justifiée lorsque le risque a été introduit de façon unilatérale par le défendeur⁴²⁵.

⁴²² Voir Ferdinand F. Stone, «Liability for damage caused by things», in Andree Tunc (dir. publ.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, partie I (La Haye, Nijhoff, 1983), chap. 5, p. 3, par. 1.

⁴²³ Voir l'Étude des régimes de responsabilité du Secrétariat, A/CN.4/543, par. 29 à 260. Dans l'affaire *M. C. Mehta v. Union of India*, AIR 1987 SC 1986 (l'affaire de la fuite de gaz Oleum), la Cour suprême de l'Inde a jugé que, dans le cas des activités dangereuses, les exceptions qui pouvaient être invoquées pour éviter la responsabilité absolue ou objective, comme les dommages imprévisibles et l'utilisation naturelle, n'étaient pas admissibles. Voir le rapport de la Commission indienne du droit, op. cit.

⁴²⁴ Voir Elspeth Reid, *Liability for Dangerous Activities...*, op. cit., p. 756. Voir aussi l'Étude des régimes de responsabilité du Secrétariat, A/CN.4/543, par. 23.

⁴²⁵ Étude des régimes de responsabilité du Secrétariat, *ibid.*

14) Dans le cas de dommages causés par des activités dangereuses, il est juste de prévoir la responsabilité objective de l'exploitant au niveau international⁴²⁶. La responsabilité objective a été retenue dans plusieurs instruments, et notamment dans certains de ceux qui ont été récemment négociés, tels que le Protocole de Kiev (art. 4), le Protocole de Bâle (art. 4) et la Convention de Lugano (art. 8).

15) Dans le cas d'activités qui ne sont pas à proprement parler dangereuses mais qui présentent néanmoins le risque de causer un dommage significatif, il est peut-être plus justifié de lier la responsabilité à la faute ou à la négligence. De plus, étant donné que les profits escomptés de l'activité à risque fournissent une motivation aux exploitants pour entreprendre une telle activité, les régimes de responsabilité objective sont généralement considérés comme incitant à une meilleure gestion des risques. Il s'agit toutefois d'une hypothèse qui ne se vérifie pas toujours. Les activités à risque n'ayant été acceptées qu'en raison de leur utilité pour la collectivité et parce qu'elles sont indispensables à la croissance économique, les États pourront, le moment venu, se demander si elles sont toujours indispensables et si elles ne peuvent être remplacées par des solutions plus respectueuses de l'environnement et présentant aussi moins de risques.

16) La responsabilité objective peut alléger le fardeau qui pèserait autrement sur les victimes si elles devaient prouver qu'il y a eu faute de l'exploitant, mais elle n'élimine pas les difficultés associées à l'établissement du lien de causalité nécessaire entre le dommage et la source de l'activité. Le principe de causalité est lié aux questions de prévisibilité et de proximité ou de perte directe. Les tribunaux de différents pays ont appliqué le principe et les notions de cause directe, causalité suffisante, prévisibilité et préjudice indirect. Il s'agit là d'une branche du droit extrêmement discrétionnaire et imprévisible. Plusieurs pays ont appliqué ces concepts avec des résultats différents. On peut indiquer que le critère de proximité paraît avoir été progressivement assoupli dans le droit moderne de la responsabilité quasi délictuelle. On est passé de la stricte théorie de la condition *sine qua non* en passant par le critère de prévisibilité (pertinence) à un

⁴²⁶ Le Groupe de travail de la Commission a hésité en 1996 à désigner les dommages découlant de toutes les activités visées par les projets de principes comme relevant du régime de la responsabilité objective. On peut rappeler que la Commission avait noté que les notions de responsabilité objective ou absolue qui «sont familières et ont pris consistance dans le droit interne de nombreux États et par rapport à certaines activités en droit international ... n'ont pas encore été pleinement développées en droit international, s'agissant d'un groupe d'activités plus important telles que celles visées par l'article premier» (*Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), annexe I, premier paragraphe du commentaire général relatif au chapitre III). Lorsqu'il a formulé cette conclusion, le Groupe de travail connaissait l'Étude des régimes de responsabilité du Secrétariat (*Annuaire ... 1995*, vol. II (première partie), A/CN.4/471).

critère de causalité moins rigoureux n'exigeant qu'une «imputation raisonnable du dommage». En outre, le critère de prévisibilité pourrait perdre progressivement de son importance avec les progrès de la médecine, de la biologie, de la biochimie, des statistiques et d'autres domaines pertinents. Dès lors, de tels critères n'ont pas été inclus dans un modèle analytique plus général de la répartition des pertes⁴²⁷.

17) Il y a cependant lieu de faire remarquer que, lorsque l'on transfère la notion de responsabilité objective du cadre national interne – où elle est certes bien établie, mais invoquée et appliquée de manière fort différente selon les juridictions – au cadre des normes internationales, il importe d'en définir avec soin les éléments constitutifs sans pour autant perdre de vue son objectif fondamental, qui est d'imputer à une personne, sans égard à la faute, la responsabilité d'avoir créé un risque en se livrant à une activité dangereuse. Une telle définition est nécessaire non seulement pour fixer les éléments les plus positifs de la notion de responsabilité objective telle qu'elle est pratiquée dans différentes juridictions, et lui assurer ainsi une large acceptation internationale, mais aussi pour faire en sorte que la norme adoptée serve effectivement la cause des victimes qui ont été exposées à des activités dangereuses et facilite l'obtention de mesures de réparation promptes et efficaces.

18) Plusieurs démarches sont possibles pour cet exercice⁴²⁸. On peut, par exemple, adopter une définition appropriée du terme dommage, ainsi qu'il a été fait dans les «Termes employés», où il est précisé que le dommage s'entend d'un dommage causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement. On peut désigner la responsabilité objective comme norme de la responsabilité civile, tout en spécifiant que cette notion comprend tous les dommages prévisibles, entendus au sens le plus général, et que la connaissance de la gravité du danger potentiel ne constitue pas une condition préalable de la responsabilité. De plus, s'agissant de l'application de la règle, il peut être précisé qu'il suffit que l'utilisation comporte un risque de préjudice pour autrui pour établir la responsabilité et que, partant, l'exploitant n'a pas le loisir de plaider la non-responsabilité au motif que l'utilisation en cause est une utilisation naturelle.

19) La troisième phrase du paragraphe 2 reconnaît qu'il est dans la pratique des États, tant au plan interne que dans la pratique conventionnelle, de soumettre la responsabilité à certaines

⁴²⁷ Voir Peter Wetterstein, «A Proprietary or Possessory Interest...», op. cit., p. 40.

⁴²⁸ Voir les observations d'Elsbeth Reid, *Liability for Dangerous Activities...*, op. cit., p. 741 à 743.

conditions, restrictions ou exceptions. Il faut cependant veiller à ce que ces conditions, restrictions ou exceptions ne modifient pas radicalement l'objectif d'assurer une indemnisation prompte et adéquate. Il est donc souligné qu'elles doivent être compatibles avec les objectifs des présents projets de principes.

20) Il est courant d'associer le concept de responsabilité objective à celui de limitation de la responsabilité. La limitation de la responsabilité sert plusieurs grands objectifs. C'est un moyen commode d'encourager les exploitants à poursuivre l'activité à risque mais socialement et économiquement bénéfique. La responsabilité objective vise également à assurer pour une couverture raisonnable les risques liés à l'activité. En outre, dans un régime de responsabilité objective, la limitation de la responsabilité peut être considérée comme une contrepartie raisonnable de la suppression de la charge de la preuve pour les demandeurs. Aucune de ces assertions ne tombe sous le sens, mais elles sont largement considérées comme pertinentes⁴²⁹.

21) On pourrait objecter qu'un système de limitation de la responsabilité n'est pas satisfaisant car il ne permet pas d'inciter suffisamment l'exploitant à prendre des mesures de prévention plus rigoureuses. Si les plafonds sont trop bas, cela pourrait même constituer un blanc-seing pour polluer ou causer un préjudice à des tiers et externaliser les coûts réels de l'exploitant. De plus, en cas de dommage, ce système n'est peut-être pas de nature à satisfaire toutes les demandes de réparation légitime des victimes innocentes. Il importe donc de fixer les plafonds de responsabilité financière à un niveau suffisamment élevé, en tenant compte de l'ampleur des risques que comporte l'activité et de la possibilité raisonnable d'une couverture d'une part significative de ces risques par l'assurance.

22) L'article 9 du Protocole de Kiev et l'article 12 du Protocole de Bâle prévoient un régime de responsabilité objective assortie d'une limitation de la responsabilité. Dans la Convention de Lugano, en revanche, on a opté pour un régime de responsabilité objective (art. 6.1 et 7.1) sans limitation de la responsabilité. Lorsque la responsabilité financière de l'exploitant est limitée, les plafonds fixés ne s'appliquent généralement ni aux intérêts ni aux dépens accordés par la juridiction compétente. En outre, les plafonds de responsabilité sont périodiquement réexaminés.

⁴²⁹ Voir Robin R. Churchill, «Facilitating (Transnational) Civil Liability Litigation for Environmental Damage by Means of Treaties: Progress, Problems, and Prospects», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 12 (2001), p. 35 à 37.

23) La limitation financière de la responsabilité est courante dans les régimes gouvernant la pollution des mers et des océans par les hydrocarbures et les incidents nucléaires. Par exemple, en vertu de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, la responsabilité du propriétaire d'un navire est limitée à un montant ne pouvant pas dépasser 59,7 millions de droits de tirage spéciaux (DTS); au-delà, c'est le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures qui est tenu d'indemniser la victime du dommage pour un montant total de 135 millions de DTS au plus (y compris les montants reçus du propriétaire), ou, dans le cas d'un dommage résultant de phénomènes naturels, pour un montant de 200 millions de DTS⁴³⁰. La Convention de Vienne de 1997 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires prescrit également une limitation appropriée de la responsabilité de l'exploitant⁴³¹.

24) La plupart des régimes de responsabilité excluent la limitation de la responsabilité en cas de faute. Est responsable des dommages l'exploitant dont la préméditation, l'imprudence, la négligence ou les omissions délictuelles sont à l'origine desdits dommages ou y ont contribué. L'article 5 du Protocole de Bâle et l'article 5 du Protocole de Kiev contiennent par exemple des dispositions spécifiques à cet effet. Dans le cas d'opérations faisant intervenir des procédés ou des technologies chimiques ou industriels extrêmement complexes, le fardeau de la preuve qui pèserait sur les victimes dans un régime de responsabilité pour faute pourrait être considérable. On pourrait néanmoins préserver leurs droits de plusieurs manières. Il pourrait y avoir par exemple renversement de la charge de la preuve, l'exploitant étant alors tenu de prouver qu'aucune faute, négligence ou conduite délictueuse intentionnelle ne lui est imputable. On peut largement admettre des éléments de preuve indirects déduits du risque inhérent à l'activité.

⁴³⁰ Art. V 1) de la Convention tel que modifié par le Protocole de 1992 et art. 4 de la Convention portant création du Fonds international d'indemnisation. À la suite du naufrage de l'*Erika* au large des côtes françaises en décembre 1999, le montant maximum a été porté à 89 770 000 DTS à compter du 1^{er} novembre 2003. En vertu des amendements de 2000 au Protocole de 1992 modifiant la Convention portant création du Fonds et devant entrer en vigueur en novembre 2003, ces montants ont été portés de 135 millions de DTS à 203 millions de DTS. Si trois États versant des contributions au Fonds ont reçu sur leurs trois territoires réunis une quantité totale égale ou supérieure à 600 millions de tonnes de pétrole au cours de l'année précédente, le montant maximum est porté de 200 millions à 300 740 000 DTS.

⁴³¹ Pour le texte, voir AIEA, INFCIRC/566. L'État où se trouve l'installation est tenu de veiller à ce que l'exploitant ait, pour chaque accident, l'obligation d'indemniser les victimes pour un montant qui ne soit pas inférieur à 300 millions de DTS, ou bien, pendant une période de transition de 10 ans, il devra lui-même allouer un montant transitoire complémentaire de 150 millions de DTS. La Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires prévoit un montant complémentaire qui peut dépasser 1 milliard de dollars. Voir art. III et IV. Pour le texte, AIEA, INFCIRC/567.

Ou encore l'exploitant pourrait être légalement tenu de donner aux victimes ou au public accès à l'information concernant les opérations.

25) L'un des avantages d'un régime de responsabilité objective assorti d'une limitation de la responsabilité est, dans l'optique de la victime, que celle-ci n'aura pas à prouver qu'il y a eu négligence et saura précisément contre qui se retourner. Dans les cas où le dommage est occasionné par plus d'une activité et qu'on n'a pas pu raisonnablement l'imputer à l'une d'entre elles ou qu'il ne peut être isolé avec un degré de certitude suffisant, les législations nationales ont tendance à prévoir une responsabilité conjointe et solidaire⁴³². Les instruments internationaux existants prévoient également ce type de responsabilité⁴³³.

26) Toutefois, si par sa faute la personne qui a subi les dommages les a causés ou a contribué à les causer, l'indemnité peut être refusée ou réduite compte tenu de toutes les circonstances.

27) Il est également habituel dans les régimes de responsabilité et le droit interne qui retiennent la responsabilité objective de prévoir parallèlement une série restreinte de causes d'exonération relativement uniformes de la responsabilité de l'exploitant. Les articles 8 et 9 de la Convention de Lugano, l'article 3 de la Convention de Bâle ou l'article 4 du Protocole de Kiev offrent des exemples typiques à cet égard. L'exploitant n'est pas responsable si, bien qu'il ait pris toutes les mesures voulues, des dommages surviennent par suite: a) d'un conflit armé, d'hostilités, d'une guerre civile ou d'une insurrection; ou b) d'un phénomène naturel de nature exceptionnelle, inévitable, imprévisible et irrésistible; ou c) entièrement, du respect d'une mesure obligatoire de

⁴³² À propos de la responsabilité conjointe et solidaire, Lucas Bergkamp, *Liability and Environment: ...*, op. cit., p. 298 à 306.

⁴³³ Pour des exemples de la pratique conventionnelle, voir par exemple l'article IV de la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; l'article IV de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; l'article 8 de la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses; l'article 5 de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute; l'article 4 du Protocole de Bâle; l'article 4 du Protocole de Kiev; l'article 11 de la Convention de Lugano. Voir aussi l'article VII de la Convention de 1962 relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires; l'article II du Protocole de 1997 portant modification de la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; l'article II de la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; l'article 3 de la Convention de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire; l'article 3 du Protocole de 2004 modifiant la Convention de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire.

la puissance publique de l'État du préjudice; ou d) entièrement de la conduite illicite intentionnelle d'autrui⁴³⁴.

28) Le paragraphe 3 dispose que les «mesures» envisagées au paragraphe 1 devraient prévoir l'obligation pour l'exploitant ou, le cas échéant, pour une autre personne ou entité, de mettre en place et garder une garantie financière, telle qu'une assurance, des cautionnements ou une autre garantie pour faire face aux demandes d'indemnisation. L'objectif est de faire en sorte que l'exploitant ait suffisamment de fonds à sa disposition pour pouvoir faire face aux demandes d'indemnisation en cas d'accident ou d'incident. Il est entendu que la souscription d'une assurance et d'autres garanties financières pour des activités dangereuses dépend de nombreux facteurs et avant tout de la capacité de l'exploitant à cerner le «risque» en cause aussi précisément que possible. Pour l'évaluation du «risque» à cet effet, il faudrait considérer non seulement le risque propre de l'activité de causer un dommage, mais aussi la probabilité

⁴³⁴ Selon les paragraphes 2 et 3 de l'article III de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, *un acte de guerre, des hostilités, une guerre civile, une insurrection ou un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible* sont des facteurs d'exonération de responsabilité pour le propriétaire, qu'il y ait eu négligence ou pas de la part du demandeur. Voir également l'article III de la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; l'article 3 de la Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute; l'article 7 de la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses; l'article 3 de la Convention de 1977 sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin qui emploie la même terminologie en ce qui concerne l'*exploitant d'une installation*; l'article 3 de la Convention de 1989 sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure.

Des exonérations sont également visées à l'article IV 3) tel qu'amendé par le Protocole de 1997 de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires de 1963: aucune responsabilité n'incombe à un exploitant en vertu de cette Convention, s'il prouve que le dommage nucléaire résulte directement d'actes de conflit armé, d'hostilités, de guerre civile, ou d'insurrection. Voir aussi l'article 9 du Protocole de 2004 portant modification de la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire de 1960; l'article 3 5) de l'annexe à la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires; l'article 4 1) de la Directive 2004/35/CE de l'UE sur la responsabilité environnementale. Cette Directive également ne s'applique pas aux activités menées principalement à des fins de défense nationale ou de sécurité internationale. Conformément à l'article 4 6), elle ne s'applique pas non plus aux activités qui ont pour unique finalité la protection contre les catastrophes naturelles. Les actes terroristes sont inclus dans l'instrument le plus récent relatif à la responsabilité: l'article 8, par. 1, de l'annexe VI du Protocole de Madrid au Traité sur l'Antarctique concernant la responsabilité découlant de situations critiques pour l'environnement, se lit comme suit: «Un opérateur n'est pas tenu pour responsable en vertu de l'article 6 s'il prouve que la situation critique pour l'environnement est le fait: a) d'un acte ou d'une omission nécessaire pour protéger la vie ou la sécurité humaine; b) d'un événement constituant dans les circonstances de l'Antarctique une catastrophe naturelle de caractère exceptionnel, qui n'aurait pas pu être raisonnablement prévue, que ce soit en général ou dans le cas particulier, sous réserve que toutes les mesures de prévention raisonnables ont été prises afin de réduire le risque de situations critiques pour l'environnement et leur impact négatif potentiel; c) d'un acte de terrorisme; ou d) d'un acte de belligérance contre les activités de l'opérateur.». Pour des exemples tirés des ordres juridiques internes, voir l'Étude des régimes de responsabilité du Secrétariat, A/CN.4/543, par. 434 à 476.

statistique quant au type et au nombre de réclamations qu'un tel dommage pourrait susciter ainsi qu'au nombre de demandeurs éventuels.

29) Dans le cas d'activités comportant un risque de causer un dommage transfrontière significatif, l'assurance devrait couvrir le risque de perte à l'étranger en plus du risque de perte au plan interne. La dynamique récente du droit applicable au lien de causalité multiplie les facteurs que devront prendre en considération l'exploitant en premier lieu et les assureurs en fin de compte pour évaluer le «risque» à couvrir. Cela pose la question de l'assouplissement des critères invoqués pour établir un lien de causalité, en élargissant progressivement la portée des critères de «cause directe» et de «prévisibilité», voire en les remplaçant par un critère plus large de «capacité générale»⁴³⁵.

30) Malgré ces difficultés, il est encourageant de constater qu'il existe de plus en plus de possibilités d'assurance pour les dommages causés aux personnes, aux biens ou à l'environnement par des marées noires et des activités dangereuses⁴³⁶. Cela est dû principalement à la reconnaissance croissante de la part du secteur concerné, des consommateurs et des gouvernements, que les produits et services susceptibles d'être fournis par les activités dangereuses méritent une protection dans l'intérêt général. Pour maintenir ces produits et services, les pertes engendrées par de telles activités doivent être largement réparties et partagées. Les établissements financiers et d'assurance sont des acteurs indispensables à cet égard. Ils sont rompus à l'art de gérer les risques, et leur rentabilité tient à la mise en commun des ressources financières et à des investissements judicieux dans des activités comportant un risque⁴³⁷. Il est toutefois inévitable que la progression des primes d'assurance destinées à couvrir les activités dangereuses soit directement proportionnelle à l'éventail et à l'ampleur des risques que l'on cherche à couvrir. Cette progression est également directement liée à la tendance de plus en plus forte à considérer la responsabilité de l'exploitant comme une responsabilité

⁴³⁵ Hans-Dieter Sellschopp, «Multiple Tortfeasors/Combined Polluter Theories, Causality and Assumption of Proof/Statistical Proof, Technical Insurance Aspects», in Ralph P. Kroner (dir. publ.), *Transnational Environmental Liability...*, op. cit., p. 52 et 53.

⁴³⁶ Charles S. Donovan et Elizabeth M. Miller, «Limited Insurability of Unlimited Liability: Serial Claims Aggregates and Alternatives: The American View», in Ralph Kroner (dir. publ.), *Transnational Environmental Liability...*, ibid., p. 129 à 158. Werner Pfennigstorf, «Limited Insurability of Unlimited Liability: Serial Claims Aggregates and Alternatives: The Continental View», in Ralph Kroner (dir. publ.), ibid., p. 159 à 165.

⁴³⁷ Anthony J. Fitzsimmons, «Non-Marine Environmental Liability: The use of Insurance Pools and the European Dimension», in Ralph P. Kroner, ibid., p. 166 et 167.

objective. En outre, la tendance à élever de plus en plus les limites de responsabilité, même si la responsabilité de l'exploitant reste plafonnée, est également un facteur de hausse du coût des primes.

31) L'État concerné peut établir des seuils de garantie financière à de telles fins, en prenant en considération la disponibilité de capitaux auprès des banques ou d'autres organismes financiers. Même les assureurs peuvent exiger de l'exploitant un minimum de solvabilité pour accepter de l'assurer. Dans la plupart des régimes de responsabilité, l'exploitant est tenu de souscrire une assurance et d'autres garanties financières appropriées⁴³⁸. Cela peut être particulièrement nécessaire pour profiter du système de limitation de la responsabilité financière, lorsqu'un tel système est disponible. Néanmoins, vu la diversité des systèmes juridiques et les écarts entre les situations économiques, on peut envisager de laisser aux États une certaine latitude pour ce qui est des exigences et des dispositifs en matière de garantie financière⁴³⁹. Un système d'assurance efficace peut également nécessiter une large participation d'États potentiellement intéressés⁴⁴⁰.

32) On ne saurait trop insister sur l'importance de ces mécanismes. Il a été noté que: «l'assurance financière de la responsabilité environnementale profite à toutes les parties prenantes: pour les pouvoirs publics et la population en général, elle constitue la manière la plus efficace, voire la seule, de garantir la réparation effective des dommages conformément au principe du pollueur-payeur; pour les exploitants industriels, elle permet de répartir les risques et

⁴³⁸ Pour des exemples de la pratique conventionnelle, voir l'article III de la Convention de 1962 relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires; l'article VII de la Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires tel que modifié par le Protocole d'amendement de 1997; l'article 10 de la Convention de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire; l'article 10 du Protocole de 2004 portant modification de la Convention de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire. Voir aussi l'article V de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; l'article 12 de la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses; l'article 7 de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute; l'article 14 du Protocole de Bâle; l'article 11 du Protocole de Kiev; l'article 12 de la Convention de Lugano.

⁴³⁹ Voir, par exemple, l'intervention de la Chine dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, comptes rendus analytiques, Sixième Commission, A/C.6/58/SR.19*, par. 43.

⁴⁴⁰ Voir, par exemple, l'intervention de l'Italie, *ibid.*, A/C.6/58/SR.17, par. 28.

de gérer les aléas; pour les assureurs, elle constitue un marché important»⁴⁴¹. Une telle assurance devrait aussi pouvoir couvrir les coûts de dépollution⁴⁴².

33) Des assurances existent dans un certain nombre de pays, notamment aux États-Unis et en Europe. L'expérience acquise sur ces marchés peut être rapidement transférée sur d'autres marchés, le secteur des assurances étant de plus en plus mondialisé. L'article 14 de la Directive 2004/35/CE de l'Union européenne sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux prévoit par exemple que les États membres prennent des mesures visant à encourager le développement, par les agents économiques et financiers appropriés, d'instruments et de marchés de garantie financière, y compris de mécanismes financiers couvrant les cas d'insolvabilité, afin de permettre aux exploitants d'utiliser des instruments de garantie financière pour couvrir les responsabilités qui leur incombent en vertu de la Directive.

34) La souscription d'une assurance et de garanties financières a notamment pour conséquence que le droit interne peut autoriser qu'une action en indemnisation soit intentée directement contre toute personne fournissant une couverture financière. Toutefois, cette personne peut se voir reconnaître le droit d'exiger que l'exploitant soit associé à la procédure ainsi que celui d'invoquer les moyens de défense que l'exploitant aurait lui-même le droit d'invoquer en vertu de la loi. L'article 11, paragraphe 3, du Protocole de Kiev et l'article 14, paragraphe 4, du Protocole de Bâle prévoient cette possibilité. Néanmoins, les deux Protocoles permettent aux États de faire une déclaration indiquant qu'ils n'autorisent pas une telle action directe.

35) Les paragraphe 4 et 5 portent sur les autres mesures tout aussi importantes auxquelles l'État devrait accorder une attention prioritaire. Il s'agit de la création d'un fonds complémentaire au niveau national. Cela n'exclut pas naturellement que ces responsabilités soient assumées à un niveau inférieur de gouvernement dans le cas d'un État fédéral. Les systèmes existants de répartition des pertes envisagent des mécanismes de financement complémentaire pour faire face aux demandes d'indemnisation lorsque les fonds dont dispose l'exploitant sont insuffisants pour indemniser les victimes. La plupart des régimes de

⁴⁴¹ Voir la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux, Bruxelles, 23 janvier 2002, COM (2002) 17 final, p. 8 à 10.

⁴⁴² Ibid.

responsabilité concernant des activités dangereuses prévoient des sources de financement complémentaire pour répondre aux demandes de dommages et intérêts et, en particulier, pour couvrir les frais des mesures d'intervention et de remise en état qui sont indispensables pour contenir le dommage et pour rétablir la valeur des ressources naturelles et des aménagements collectifs touchés.

36) Des moyens de financement complémentaire pourraient provenir de différentes sources. Il pourrait s'agir tout d'abord de fonds publics inscrits au budget national. En d'autres termes, l'État assumerait une partie de la charge de la perte créée par le dommage, comme cela a été le cas dans le domaine de l'énergie nucléaire. Une autre partie pourrait être imputée sur un fonds commun alimenté par des contributions, soit des exploitants du même type d'activité dangereuse, soit d'entités qui tirent un avantage direct de l'activité comportant un danger ou un risque inhérent. C'est ce qui existe pour la gestion des risques liés au transport d'hydrocarbures par mer. Mais, dans le cas d'activités dangereuses très particulières, il peut être nécessaire de trouver une source de financement complémentaire dans la taxation des consommateurs des produits et services que l'industrie génère et soutient. Cela est notamment le cas si les exploitants et les consommateurs directement intéressés constituent un groupe très restreint n'ayant aucun intérêt économique ou stratégique commun.

37) Le paragraphe 4 porte sur le financement par la branche d'activité et dispose que, s'il y a lieu, ces mesures devraient également prévoir l'obligation de créer un fonds alimenté par la branche d'activité au niveau national. Les mots «ces mesures» expriment le fait qu'il est loisible à l'État d'atteindre l'objectif de création d'un tel fonds par de multiples moyens, en fonction des circonstances.

38) Le paragraphe 5 dispose qu'au cas où les mesures visées aux paragraphes précédents seraient insuffisantes pour assurer une indemnisation adéquate, l'État d'origine devrait en outre veiller à ce que des ressources financières supplémentaires soient disponibles. Il n'exige pas directement de l'État d'origine qu'il mette en place un système de financement public pour garantir une indemnisation prompte et adéquate, mais il prévoit que l'État d'origine doit s'assurer que des ressources financières supplémentaires existent en cas de dommage causé par une activité dangereuse située sur son territoire ou dans des zones situées sous sa juridiction.

39) Les paragraphes 3, 4 et 5 sont rédigés sous la forme de directives pour encourager les États à adopter des pratiques optimales. La liberté des États d'opter pour telle ou telle formule en fonction des conditions et de la situation qui lui sont propres est au cœur du présent projet de principe. Cela requiert cependant une certaine vigilance de la part de l'État d'origine qui doit constamment revoir sa législation interne pour veiller à ce que sa réglementation suive l'évolution de la technologie et de la pratique de la branche d'activité concernée sur son territoire et ailleurs.

Principe 5

Mesures d'intervention

Lorsque survient un événement lié à une activité dangereuse qui cause ou est susceptible de causer un dommage transfrontière:

- a) L'État d'origine donne promptement notification de l'événement et des effets possibles du dommage transfrontière à tous les États affectés ou susceptibles de l'être;
- b) L'État d'origine, avec, éventuellement, le concours de l'exploitant, veille à ce que des mesures d'intervention appropriées soient prises et devrait, à cet effet, faire appel aux données scientifiques et aux technologies optimales disponibles;
- c) L'État d'origine devrait, le cas échéant, aussi consulter tous les États affectés ou susceptibles de l'être et rechercher leur coopération pour atténuer les effets du dommage transfrontière et, si possible, les éliminer;
- d) Les États affectés par le dommage transfrontière ou susceptibles de l'être prennent toutes les mesures possibles pour atténuer et, si possible, éliminer les effets de ce dommage;
- e) Les États intéressés devraient rechercher, le cas échéant, l'aide des organisations internationales compétentes et d'autres États à des conditions mutuellement acceptables.

Commentaire

1) Le projet de principe 5 traite de la situation qui suit la survenance d'un dommage transfrontière, d'un point de vue tant juridique que pratique. Dès qu'un événement lié à une activité dangereuse cause ou est susceptible de causer un dommage transfrontière, qu'il y ait ou non un dommage simultané sur le territoire de l'État d'origine, ce dernier est appelé à faire un certain nombre de choses. D'abord, il s'informe en principe auprès de l'exploitant de la totalité des faits relatifs à l'événement, et surtout des dangers que le dommage présente pour la population, les biens, et l'environnement dans le voisinage immédiat. Deuxièmement, il devrait

veiller à ce que des mesures appropriées soient prises, dans le cadre des moyens et de la capacité de réaction aux situations d'urgence disponibles, pour atténuer les effets du dommage et, si possible, les éliminer. Ces mesures d'intervention devraient non seulement inclure le nettoyage et la remise en état dans les limites de la juridiction de l'État d'origine, mais aussi viser à contenir la portée géographique du dommage pour l'empêcher de devenir un dommage transfrontière, si ce n'est pas déjà le cas. Troisièmement, l'État d'origine a l'obligation d'informer tous les États affectés ou susceptibles de l'être. La notification doit comporter toutes les informations nécessaires quant à la nature du dommage, ses effets probables sur les personnes, les biens et l'environnement et les éventuelles précautions à prendre pour protéger ceux-ci de ses effets néfastes ou pour contenir, atténuer ou éliminer complètement le dommage.

2) L'alinéa a relatif à la prompt notification de l'événement pose une obligation de diligence raisonnable à la charge de l'État d'origine⁴⁴³, lequel doit s'en acquitter dès que cela est possible. L'État d'origine doit fournir dans cette notification toutes les informations utiles dont il dispose. Dans certains cas, il se peut que l'État d'origine ne soit pas immédiatement en mesure de vérifier l'ensemble des faits pertinents et de recueillir des informations quant à la nature du dommage et aux mesures d'intervention qui pourraient et devraient être prises.

3) Aux termes de l'alinéa b, l'État doit prendre les mesures d'intervention appropriées en faisant appel aux données scientifiques et aux technologies optimales disponibles. L'État d'origine doit s'acquitter de l'obligation de diligence raisonnable tant au stade de l'autorisation des activités dangereuses⁴⁴⁴ qu'à celui du contrôle des activités en cours autorisées par lui, et ce, jusqu'après la survenance effective d'un dommage malgré tous les efforts faits pour le prévenir.

⁴⁴³ Phoebe N. Okowa, «Procedural Obligations in International Environmental Agreements», *British Yearbook of International Law*, vol. 67 (1996), p. 330, où il est dit que l'existence en droit international général d'une obligation d'avertir les États à risque dans des situations d'urgence a reçu la «consécration de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Détroit de Corfou* et dans l'affaire du *Nicaragua*. Cette obligation fait l'objet de la Convention de 1986 de l'AIEA sur la notification rapide d'un accident nucléaire, ce qui confirme qu'elle est déjà établie en droit coutumier, voir p. 332.

⁴⁴⁴ L'obligation d'autorisation préalable s'accompagne d'une obligation de mener une étude d'impact sur l'environnement. Voir Xue Hanqin, *Transboundary Damage...*, op. cit., p. 166. Phoebe Okowa note au moins cinq types d'obligations corollaires associées à celle de mener une étude d'impact environnemental, notamment celle de définir clairement et de communiquer aux États susceptibles d'être touchés par une activité la nature de cette activité et ses conséquences probables. Toutefois, elle note qu'à quelques exceptions près, la plupart des conventions disposent que l'État qui propose l'activité est le seul habilité à déterminer la probabilité ou la gravité des effets néfastes. Aucun des traités examinés ne permet à des États tiers de proposer une évaluation complémentaire ou différente s'ils ne sont pas satisfaits de celles de l'État d'origine. Voir Phoebe N. Okowa, *ibid.*, p. 285 et sur la nature des études d'impact environnemental, *ibid.*, note 25, p. 282 et 286.

Dans son arrêt relatif au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a noté la nécessité de surveiller de façon continue les activités dangereuses, en raison de «la conscience que l'environnement est vulnérable et [de] la reconnaissance de ce qu'il faut continuellement évaluer les risques écologiques»⁴⁴⁵.

4) En outre, les États concernés ont le devoir d'être toujours vigilants et prêts à prévenir les dommages dans la mesure du possible et, lorsqu'ils surviennent, d'en atténuer les conséquences au moyen des meilleures techniques disponibles⁴⁴⁶. Le rôle envisagé pour l'État dans le présent projet de principe est ainsi complémentaire de celui que lui assignent les articles 16 et 17 du projet d'articles sur la prévention, qui traitent des obligations relevant de la «préparation aux situations d'urgence» et de la «notification d'une situation d'urgence»⁴⁴⁷.

5) Le présent projet de principe est toutefois distinct et va au-delà de ces dispositions. Les États sont tenus d'élaborer, à titre de mesures d'intervention, les plans d'urgence nécessaires et d'employer les meilleurs moyens à leur disposition lors de la survenance de la situation critique, conformément aux connaissances les plus récentes en matière de risque et aux moyens techniques, technologiques et financiers dont ils disposent pour les gérer. Il traite de la nécessité de prendre les mesures d'intervention nécessaires dans l'État d'origine lorsqu'un incident ayant causé un dommage est survenu, mais si possible avant que ce dommage n'acquière le caractère de dommage transfrontière. Ce faisant, les États concernés doivent rechercher, le cas échéant, l'aide des organisations internationales compétentes et d'autres États, comme indiqué à l'alinéa e.

⁴⁴⁵ Arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, par. 112.

⁴⁴⁶ Ibid., par. 140. La Cour a indiqué qu'elle ne perdait pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages.

⁴⁴⁷ Pour le texte et les commentaires des articles 16 et 17 du projet d'articles sur la prévention, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 463 à 465. Selon Birnie et Boyle, *International Law...*, op. cit., p. 137, les obligations conventionnelles de disposer de plans d'urgence et d'intervenir en cas d'urgence due à la pollution doivent être considérées comme relevant de l'obligation de diligence de l'État s'agissant de contrôler les sources connues de dommages environnementaux. Les auteurs notent aussi, page 136, qu'il «est légitime de considérer l'affaire du *Détroit de Corfou* comme établissant l'obligation de droit coutumier de notifier les risques connus de dommages environnementaux».

6) L'obligation énoncée à l'alinéa *b* est directement liée à l'application du principe de précaution⁴⁴⁸, laquelle, comme dans tout autre domaine particulier, autorise une relative souplesse et devrait tenir compte de tous les inconvénients et avantages sur le plan social et économique⁴⁴⁹. Certes, on ne saurait trop insister sur le principe selon lequel les États devraient veiller à ce que les activités menées sous leur juridiction et leur contrôle ne causent pas de dommage transfrontière. Mais on ne dira jamais assez non plus combien il importe d'intervenir une fois qu'un accident ou un incident s'est produit qui a causé un dommage significatif. En fait, ces mesures d'intervention sont nécessaires pour empêcher le dommage de se propager, et elles doivent être prises immédiatement. Dans la plupart des cas, elles le sont sans perdre le temps qu'il faudrait pour identifier le responsable, la cause ou la faute qui est à l'origine de l'événement. L'alinéa *b* assigne à l'État d'origine la responsabilité de déterminer comment de telles mesures doivent être prises et par qui, y compris avec le concours de l'exploitant. L'État aura la possibilité d'assurer un remboursement des dépenses afférentes aux mesures d'intervention raisonnables qui ont été prises.

7) Il est fréquent que les autorités de l'État interviennent immédiatement et évacuent les personnes affectées vers des lieux où elles seront en sûreté et fournissent immédiatement les secours d'urgence, médicaux et autres nécessaires. C'est pour cette raison que le principe reconnaît le rôle important que joue et devrait jouer l'État s'agissant de prendre les mesures nécessaires en cas d'urgence, compte tenu du rôle qui est le sien de veiller en permanence au bien-être de la population et de protéger l'intérêt général.

8) Toute mesure que l'État prend face à la situation d'urgence créée par l'activité dangereuse ne confère cependant pas et ne devrait pas conférer au rôle de l'exploitant un caractère secondaire ou supplétif. L'exploitant est au premier chef tenu d'être prêt à intervenir en cas

⁴⁴⁸ À propos de l'obligation d'utiliser les meilleures techniques disponibles, Rudiger Wolfrum a noté qu'elle était étroitement liée au principe de précaution (voir Rudiger Wolfrum, «International Environmental Law: Purposes, Principles and Means of Ensuring Compliance»), in Fred L. Morrison et Rudiger Wolfrum, *International, Regional and National Environmental Law*, (La Haye: Kluwer Law International, 2003), p. 15. Selon un autre auteur, le terme «disponibles» signifie que «les États sont tenus d'appliquer les progrès technologiques déjà commercialisés, et non pas toute nouvelle technique apparue dans le domaine de la lutte contre la pollution» (voir Peter-Tobias Stoll, «Transboundary Pollution», in Fred L. Morrison et Rudiger Wolfrum, p. 182).

⁴⁴⁹ Principes directeurs relatifs au principe de précaution dans le cadre de la conservation de la diversité biologique et de la gestion des ressources naturelles, élaborés dans le cadre d'une initiative conjointe de Fauna and Flora International, de l'Union mondiale pour la conservation de la nature et de ses ressources-Union mondiale pour la nature (UICN), *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6, 2005, p. 275.

d'urgence et de mettre de telles mesures en œuvre dès qu'un incident s'est produit. Il peut et doit apporter à l'État toute l'assistance dont celui-ci a besoin pour s'acquitter de ses responsabilités. En particulier, c'est l'exploitant qui est le mieux placé pour faire connaître les détails de l'incident, sa nature, le moment auquel il s'est produit et l'endroit exact où il s'est produit ainsi que les mesures que les parties susceptibles d'être affectées peuvent prendre pour réduire au minimum les conséquences du dommage⁴⁵⁰. En conséquence, il ne s'agit pas d'exclure la possibilité qu'un exploitant, notamment une société transnationale, intervienne en premier. Si l'exploitant ne peut prendre les mesures d'intervention nécessaires, l'État d'origine doit prendre des dispositions pour prendre ces mesures⁴⁵¹. Ce faisant, il peut solliciter l'assistance nécessaire et disponible auprès d'autres États ou des organisations internationales compétentes.

9) L'alinéa c dispose que l'État d'origine devrait, dans son propre intérêt, et même pour des «considérations élémentaires d'humanité»⁴⁵² consulter les États affectés ou susceptibles de l'être pour déterminer quelles sont les mesures d'intervention les plus aptes à prévenir ou à atténuer le dommage transfrontière⁴⁵³. Les consultations sont habituellement mises en œuvre sur demande. On considère que l'expression «le cas échéant» est suffisamment souple pour couvrir les consultations nécessaires entre États concernés et permettre à ceux-ci d'entreprendre tous les modes possibles de coopération, en fonction des circonstances propres à chaque cas. La disposition des États à coopérer ne sera peut-être pas uniforme et dépendra de leur situation, de l'obligation plus ou moins ressentie de coopérer, ainsi que de leur état de préparation et de leurs moyens.

⁴⁵⁰ Les États sont tenus de fournir de tels détails en cas d'incident nucléaire. Voir l'article 2 de la Convention de l'AIEA sur la notification rapide d'un accident nucléaire. Ils doivent aussi fournir aux États susceptibles d'être affectés, par l'intermédiaire de l'AIEA, tous les renseignements nécessaires pour réduire au minimum les conséquences radiologiques. Sands, *Principles...*, op. cit., p. 845 et 846.

⁴⁵¹ Aux termes des articles 5 et 6 de la Directive 2004/35/CE de l'Union européenne, l'autorité compétente, désignée en application de l'article 13, peut obliger l'exploitant à prendre les mesures préventives ou les mesures de réparation nécessaires ou prendre de telles mesures elle-même si l'exploitant ne les prend pas ou ne peut être trouvé.

⁴⁵² Voir affaire du *Détroit de Corfou*, C.I.J. *Recueil* 1949, p. 22. Sur cette notion particulière relevant des «obligations ... fondées ... sur certains principes généraux et bien reconnus», distincts des sources traditionnelles du droit international énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, voir Bruno Simma «From Bilateralism to Community Interest in International Law», *Recueil des Cours...*, vol. 250, 1994-VI, p. 291 et 292.

⁴⁵³ Sur l'obligation des États de s'avertir et de se consulter en vue de prendre les mesures appropriées pour atténuer le dommage, et pour la citation des instruments juridiques pertinents dont le principe 18 de la Déclaration de Rio, la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels, la Convention de 1992 sur la diversité biologique et le Protocole de Cartagena de 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques, les traités dans le

10) L'alinéa d dispose d'autre part que les États affectés ou risquant de l'être devraient coopérer pleinement avec l'État d'origine. Dès réception de la notification, les États affectés ont l'obligation de prendre eux aussi toutes les mesures appropriées et raisonnables pour atténuer le dommage auquel ils sont exposés⁴⁵⁴. Ces États devraient prendre les mesures d'intervention qu'il est en leur pouvoir de prendre dans les zones sous leur juridiction ou leur contrôle pour contribuer à prévenir ou atténuer le dommage transfrontière. Ils peuvent aussi rechercher l'aide éventuelle des organisations internationales compétentes et d'autres États comme prévu à l'alinéa e. Il est essentiel qu'ils prennent de telles mesures non seulement dans l'intérêt général mais aussi pour permettre aux autorités et aux tribunaux compétents de considérer comme raisonnables les demandes d'indemnisation et de remboursement des dépenses encourues à l'occasion des mesures d'intervention⁴⁵⁵.

11) L'alinéa e se passe d'explication et s'inspire de l'article 28 de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Les dispositifs d'assistance entre les États ou organisations internationales compétentes et les États concernés devraient en principe reposer sur des conditions conclues d'un commun accord. Ils pourront dépendre des priorités d'assistance de l'État concerné; des dispositions statutaires et des attributions des organisations internationales compétentes; et des dispositions financières et autres concernant l'accueil sur place et les immunités et privilèges. Ces dispositions ne devraient pas être fondées sur des conditions purement commerciales, et elles devraient tenir compte de

domaine des accidents nucléaires et la Convention de l'AIEA sur la notification rapide d'un accident nucléaire de 1986, voir Sands, *Principles...*, op. cit., p. 841 à 847.

⁴⁵⁴ Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, pour justifier la mise en service sur le Danube de la variante C, par laquelle elle s'appropriait près de 80 à 90 % de l'eau de ce fleuve, face au refus de la Hongrie de respecter les termes du traité qu'elle avait conclu avec la Tchécoslovaquie en 1977, la Slovaquie a plaidé que «c'est un principe de droit international qu'une partie lésée du fait de la non-exécution d'un engagement pris par une autre partie doit s'employer à atténuer les dommages qu'elle a subis». À propos de ce principe, la Cour a noté: «Il découlerait d'un tel principe qu'un État lésé qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis ne serait pas en droit de réclamer l'indemnisation de ce qui aurait pu être évité». La Cour a ensuite fait observer: «Si ledit principe pourrait ainsi fournir une base pour le calcul de dommages et intérêts, en revanche, il ne saurait justifier ce qui constitue par ailleurs un fait illicite». Par ailleurs, la Cour, ayant jugé la mise en service de la variante C illicite, n'a pas examiné le principe de l'obligation des États touchés *d'atténuer* les effets des dommages auxquels ils sont exposés. Voir Arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, par. 80. Le fait même que la Cour ait été disposée à considérer l'inaction d'un État à cet égard comme un facteur important pour le calcul des dommages et intérêts auxquels cet État pourrait avoir droit constitue une reconnaissance importante, en droit international général, de l'obligation qui incombe aux États touchés par un dommage transfrontière d'atténuer ce dommage autant que possible.

⁴⁵⁵ En général, pour ce qui est du caractère raisonnable comme critère applicable au calcul des dépenses pouvant être remboursées, voir Peter Wetterstein, «A Proprietary or Possessory Interest...», op. cit., p. 47 à 50.

considérations élémentaires d'humanité et de l'importance que revêt l'apport d'une aide humanitaire aux victimes en détresse.

Principe 6

Recours internes et internationaux

1. Les États confèrent à leurs autorités judiciaires et administratives les compétences nécessaires et veillent à ce que des moyens de recours rapides, adéquats et efficaces soient disponibles devant ces autorités en cas de dommages transfrontières sous leur juridiction ou leur contrôle.
2. Les victimes de dommages transfrontières devraient avoir accès dans l'État d'origine à des moyens de recours qui ne soient pas moins rapides, adéquats et efficaces que ceux dont disposent les victimes qui ont subi le dommage résultant du même événement sur le territoire de cet État.
3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice du droit des victimes à exercer d'autres recours que ceux qui sont ouverts dans l'État d'origine.
4. Les États peuvent prévoir le recours à des procédures internationales de règlement des réclamations, qui soient rapides et entraînent le minimum de frais.
5. Les États devraient garantir un accès approprié à l'information pertinente pour l'exercice des moyens de recours, y compris pour la présentation de demandes d'indemnisation.

Commentaire

1) Le projet de principe 6 indique quelques mesures générales nécessaires pour rendre opérationnel et réaliser l'objectif énoncé dans le projet de principe 4. En un sens, les projets de principes 4 et 6 suffisent à exprimer les mesures de fond et de forme qui devraient permettre à l'État d'origine et aux autres États concernés d'offrir les normes minimales sans lesquelles il serait difficile ou impossible de mettre en œuvre l'obligation d'assurer des moyens de recours efficaces, notamment la possibilité d'une indemnisation prompte et adéquate des victimes d'un dommage transfrontière⁴⁵⁶. Les conditions minimales de fond comme l'imputation de la responsabilité, la détermination de la responsabilité sans preuve d'une faute, le fait de limiter au minimum les conditions, restrictions ou exceptions à ladite responsabilité, l'organisation de

⁴⁵⁶ Rene Lefebber a bien noté que l'objectif de normes minimales, dans la perspective de l'élaboration d'un régime juridique relatif aux dommages transfrontières, est de faciliter l'obtention par les victimes d'une indemnisation prompte (en temps utile), adéquate (quantitativement) et efficace (qualitativement), ce qui touche à la procédure et au fond. Rene Lefebber, *Transboundary Environmental...*, op. cit., p. 234 à 236.

garanties financières ou autres garanties pour couvrir la responsabilité, sont traitées dans le cadre du projet de principe 4. En revanche, le projet de principe 6 traite des normes minimales de procédure. Celles-ci concernent notamment l'égalité d'accès, sans discrimination, à la justice, la disponibilité de moyens de recours juridiques efficaces, et la reconnaissance et l'application de décisions judiciaires et arbitrales étrangères. Est également visée la nécessité de prévoir le recours à des procédures internationales de règlement des réclamations qui soient rapides et entraînent le minimum de frais.

2) Les paragraphe 1, 2 et 3 visent les procédures internes et le développement et la confirmation du principe de l'égalité d'accès, sans discrimination. La Convention de Stockholm de 1974 relative à la protection de l'environnement, conclue entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède, représente l'une des formes les plus avancées de coopération internationale entre des États reconnaissant le droit d'égalité d'accès à la justice. Cela s'explique naturellement par le fait que les pays nordiques partagent largement les mêmes normes environnementales. Selon l'article 3 de la Convention, toute personne lésée ou pouvant être lésée par des activités nuisibles à l'environnement effectuées dans un autre État a le droit de saisir le tribunal ou l'autorité administrative compétente de cet État «dans la même mesure et dans les mêmes conditions qu'une entité dotée de la personnalité juridique de l'État où lesdites activités sont réalisées». Le demandeur transfrontière a le droit de soulever des questions concernant l'autorisation de l'activité, le recours contre les décisions du tribunal ou de l'autorité administrative, et de solliciter les mesures nécessaires pour prévenir un dommage. De même, la victime d'un dommage transfrontière pourra demander réparation des dommages causés dans des conditions qui ne lui seront pas moins favorables que celles qui sont applicables en la matière dans le pays d'origine⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Pour un commentaire de la Convention, voir Stephen C. McCaffrey; *Private Remedies for Transfrontier Environmental Disturbances* (UICN et ressources naturelles, Morges, Suisse, 1975), p. 85 à 87. Le principal apport de la Convention est la création d'une autorité de tutelle chargée de superviser les nuisances transfrontières dans chaque État partie en vue d'intensifier les consultations et la coopération intergouvernementales. Cette autorité a le droit d'engager une procédure ou d'être entendue devant les tribunaux et autorités administratives compétents des autres États contractants. La Convention n'est toutefois pas applicable aux affaires en cours. Elle ne comporte aucune disposition expresse prévoyant la levée de l'immunité des États. Elle ne dit rien non plus de la question de la loi applicable pour la détermination de la responsabilité et le calcul des indemnités, même si l'on suppose que la loi applicable aux fins de la Convention sera celle du lieu où le dommage est subi. Par contre, l'OCDE a recommandé à ses membres une application plus progressive d'accords bilatéraux ou multilatéraux souples sur des mesures destinées à faciliter au niveau procédural les actions visant à la réduction de la pollution transnationale. Voir Philip McNamara, *The Availability of Civil Remedies...*, op. cit., p. 146 et 147.

3) Le principe de l'égalité d'accès va au-delà de l'obligation faite aux États de satisfaire à une norme minimale d'efficacité s'agissant des recours ouverts aux demandeurs transfrontières, en garantissant l'accès à l'information et en facilitant la coopération voulue entre les tribunaux et autorités nationales compétents de part et d'autre des frontières nationales. Ce principe est également exprimé dans le principe 10 de la Déclaration de Rio et dans le principe 23 de la Charte mondiale de la nature. Il est en outre de plus en plus consacré dans le droit constitutionnel interne visant la protection de l'environnement⁴⁵⁸.

4) Le paragraphe 1 énonce l'obligation de conférer aux autorités judiciaires et administratives les compétences nécessaires pour connaître des réclamations concernant des dommages transfrontières, et de veiller à l'efficacité des moyens de recours disponibles. Il souligne qu'il importe d'éliminer les obstacles afin de garantir la participation aux procédures judiciaires et aux audiences administratives. Dès que survient le dommage transfrontière, les victimes transfrontières devraient bénéficier de l'égalité d'accès aux organes administratifs, judiciaires ou quasi judiciaires ayant compétence pour examiner des réclamations aux fins d'indemnisation. Comme il a déjà été indiqué dans le commentaire du projet de principe 4, il peut être satisfait à cette obligation en accordant l'accès aux tribunaux internes conformément à une procédure régulière ou par la voie de négociations avec les victimes ou les États concernés.

5) Le paragraphe 2 souligne l'importance du principe de non-discrimination pour trancher les réclamations concernant des activités dangereuses⁴⁵⁹. Selon ce principe, l'État d'origine doit s'assurer que les recours offerts aux victimes de dommages transfrontières ne sont pas moins rapides, adéquats et efficaces que ceux dont disposent les victimes présentes sur son territoire pour des dommages similaires. Ce principe comprend donc une composante de procédure et une composante de fond. S'agissant de l'aspect procédural, cela signifie que l'État d'origine doit

⁴⁵⁸ K. W. Cuperus et Alan E. Boyle, «*Articles on Private Law Remedies for Transboundary Damage in International Watercourses*», Association de droit international, Rapport de la soixante-septième Conférence, Helsinki (1986), p. 407.

⁴⁵⁹ On se souviendra que l'article 16 du projet d'articles sur la prévention met une obligation comparable à la charge des États s'agissant de la phase de la prévention durant laquelle ils sont tenus de gérer le risque avec la diligence voulue. On trouve, à l'article 32 de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation, une disposition comparable à partir du moment où le dommage est effectivement survenu malgré tous les efforts déployés pour le prévenir.

offrir des recours judiciaires aux résidents de l'État touché sur un pied d'égalité avec ses propres nationaux ou résidents. Cette exigence est de plus en plus acceptée dans la pratique des États⁴⁶⁰.

6) La seconde composante, qui concerne le fond, soulève en revanche des questions plus difficiles quant à son contenu précis et ne recueille pas la même adhésion⁴⁶¹. À première vue, dès lors que les moyens de recours quant au fond qui sont ouverts aux nationaux d'une part et aux victimes transfrontières de l'autre sont les mêmes, les exigences du principe semblent être respectées. Or, le problème se pose si les nationaux eux-mêmes ne disposent pas des normes minimales de fond, auquel cas le principe ne garantirait pas ces normes minimales aux victimes étrangères touchées par le dommage transfrontière. Un certain nombre d'États en sont encore au stade de l'élaboration de normes de fond minimales dans le cadre de leurs lois et procédures nationales.

7) Le paragraphe 3 est une clause de réserve du droit des victimes. Il faut noter que les paragraphes 1 et 2 ne règlent pas les problèmes concernant la loi applicable ou l'élection de for, ce qui, vu la diversité et l'absence de consensus parmi les États, peut constituer un obstacle de taille s'agissant d'offrir des recours judiciaires rapides, adéquats et efficaces aux victimes⁴⁶², en particulier si elles sont pauvres et ne sont pas assistées par un avocat spécialiste de la question. Les États pourraient faire avancer les choses en encourageant l'harmonisation des législations et en élargissant par voie d'accord ces accès et recours.

⁴⁶⁰ Voir Alexandre Kiss et Dinah Shelton, *International Environmental Law* (Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2004) p. 201 à 203; Birnie et Boyle, *International Law...*, op. cit., p. 269 et 270. La composante procédurale du principe de non-discrimination exigerait la suppression de certaines dispositions du droit procédural de l'État d'origine, notamment, selon Cuperus et Boyle, «le cautionnement pour frais exigé des demandeurs étrangers, le refus d'accorder une aide judiciaire et l'exclusion de la compétence sur les actions en justice concernant l'étranger», K. W. Cuperus et A. E. Boyle, *Articles on Private Law Remedies...*, op. cit., p. 406 et 407.

⁴⁶¹ Birnie et Boyle notent que, pour autant qu'il soit possible d'examiner la pratique des États dans un domaine aussi peu uniforme que celui de l'égalité d'accès, la situation ne se prête guère à une description claire (ibid., p. 271 à 274). À propos des limites de la règle de non-discrimination, voir ibid., p. 274 et 275. Voir également Xue Hanqin, *Transboundary...*, op. cit., p. 106 et 107. Voir aussi Alexander Kiss et Dinah Shelton, *International Environmental*, ibid., p. 201 à 203. Birnie et Boyle, *International Law, supra*, note 4, p. 269 et 270, P.-M. Dupuy «La contribution du principe de non-discrimination à l'élaboration du droit international de l'environnement», *Revue québécoise de droit international*, vol. 7 (1991-1992), p. 135. Pour le point de vue selon lequel le principe de non-discrimination est devenu un principe de droit international général, voir Henri Smets, «Le principe de non-discrimination en matière de protection de l'environnement», *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1/2000, p. 3.

⁴⁶² K. W. Cuperus et Alan E. Boyle, «*Articles on Private Law Remedies for...*», op. cit., p. 406. Voir Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference...*, op. cit., p. 264 à 266 sur les différences de pratiques des États quant aux décisions sur l'élection de for et la loi applicable.

8) S'agissant de l'élection de for, il peut être noté que plutôt que de s'en remettre à la loi du domicile de l'exploitant⁴⁶³, le demandeur peut opter pour la juridiction qu'il juge la plus appropriée pour connaître de sa réclamation. Cela peut être celle de l'État sur le territoire duquel l'acte ou l'omission ayant causé le dommage a été commis ou celle de l'État où le dommage est survenu⁴⁶⁴. Il a été affirmé que l'offre d'un tel choix reposerait sur une «tendance maintenant bien établie dans les deux conventions sur la compétence internationale et les systèmes nationaux»⁴⁶⁵. Dans le cadre de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, des recours peuvent être ouverts devant les tribunaux d'une partie uniquement si: a) l'acte ou l'omission ayant causé le dommage y a été commis; b) le dommage y a été subi; c) l'exploitant y a son domicile ou sa résidence habituelle; ou d) l'exploitant y a son principal établissement commercial. L'article 19 de la Convention de Lugano de 1993, l'article 17 du Protocole de Bâle et l'article 13 du Protocole de Kiev prévoient des règles de compétence comparables.

9) S'agissant de la loi applicable, la pratique des États n'est pas uniforme: différents pays ont adopté soit la loi la plus favorable à la victime soit la loi du lieu qui a le lien le plus significatif avec le fait en cause et les parties⁴⁶⁶.

10) Le paragraphe 4 met en évidence un autre aspect du processus tendant à garantir aux victimes de dommages transfrontières l'existence de moyens de recours. Il vise à préciser la nature des procédures qui peuvent être engagées autrement qu'au niveau interne. Il s'agit des

⁴⁶³ Ceci est fondé sur le principe «*actor sequitur forum rei*», qui veut que le défendeur soit le mieux à même de se défendre devant les tribunaux de l'État sur le territoire duquel il a élu domicile, ce qui se justifie par le fait que le jugement est dirigé contre le défendeur. Cependant, s'il appartient au droit de chaque État de déterminer le domicile des personnes physiques, la nationalité des personnes morales ou des sociétés est plus floue. La Convention de Bruxelles et la Convention parallèle de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale en date du 16 septembre 1988 laissent «la détermination du domicile au droit précisé par la règle du conflit de lois appliquée par les tribunaux de l'État où la réclamation est déposée»; voir C. van Bar, «Environmental Damage in Private International law», *Recueil des Cours...*, vol. 268 (1997), p. 336.

⁴⁶⁴ Voir Association de droit international, deuxième rapport (de Christophe Bernasconi et Gerrit Betlem) «Transnational Enforcement of Environmental Law», Conférence de Berlin (2004), rapport de la soixante et onzième Conférence, Berlin, 2004, p. 900. On peut toutefois invoquer comme moyen de défense contre cette base de compétence, à condition de le prouver, que l'on ne pouvait pas prévoir que cet État, autre que l'État d'origine, subirait des dommages.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 899.

⁴⁶⁶ Le «principe de la loi la plus favorable» a été adopté dans plusieurs pays d'Europe, le Venezuela et la Tunisie. Toutefois, le droit des États-Unis semble être acquis au droit du lieu qui a le «lien le plus significatif» avec le fait en cause et les parties, *ibid.*, p. 911 à 915.

«procédures internationales de règlement des réclamations». Plusieurs procédures pourraient être envisagées. Par exemple, les États pourraient, en cas de dommage transfrontière, négocier et arrêter de concert le montant de l'indemnisation, voire la verser à titre gracieux⁴⁶⁷. Il peut s'agir de commissions mixtes des réclamations, de négociations en vue du versement d'un montant forfaitaire, etc. L'élément international n'exclut pas, par exemple, que l'État d'origine puisse verser une contribution à l'État affecté afin que celui-ci procède à l'indemnisation dans le cadre d'une procédure interne de réclamations qu'il aura mise en place. De telles négociations ne doivent pas, sauf si on le souhaite, faire obstacle à des négociations entre l'État d'origine et les parties privées lésées ou entre ces parties et la personne responsable de l'activité ayant causé le dommage significatif. Une indemnisation forfaitaire peut être arrêtée dans le cadre, soit d'une action en justice, soit d'un règlement amiable⁴⁶⁸. Une indemnisation raisonnable pourrait être versée immédiatement aux victimes, à titre provisoire, en attendant une décision sur la recevabilité de la demande et l'octroi d'une indemnisation. Les juridictions nationales, les

⁴⁶⁷ En réparation du dommage causé à des pêcheurs japonais par des essais nucléaires auxquels ils avaient procédé en 1954 près des Îles Marshall, les États-Unis ont versé au Japon 2 millions de dollars, *Department of State Bulletin*, Washington D.C., vol. 32, n° 812, 17 janvier 1955, p. 90 et 91. L'URSS a versé une indemnité de 3 millions de dollars canadiens au Canada à la suite de l'accident de Cosmos 954 en janvier 1978, ILM, vol.18, 1979, p. 907. Sands note que, bien que plusieurs États européens aient versé une indemnisation à leurs nationaux au titre des dommages qu'ils avaient subis en raison de l'accident nucléaire de Tchernobyl, ces États n'ont pas essayé de présenter de demande d'indemnisation officielle, alors même qu'ils réservaient leur droit de le faire, Philippe Sands, *Principles...*, op. cit., p. 886 à 889. L'État peut accepter d'indemniser directement les victimes à titre gracieux: par exemple le Gouvernement des États-Unis a indemnisé les victimes de l'Airbus 655 iranien abattu par le USS Vincennes. Les États peuvent aussi conclure des traités établissant des commissions internationales des réclamations comme cela se fait entre parties privées. Voir Lefeber, *Transboundary Environmental Interference*, op. cit., p. 238, note 21. On peut aussi citer les projets d'articles 21 et 22 adoptés par le Groupe de travail de la Commission en 1996. Le projet d'article 21 recommandait que l'État d'origine et les États affectés négocient à la demande de l'une des parties en ce qui concerne la nature et l'étendue de l'indemnisation et autres mesures de réparation. Le projet d'article 22 énonçait plusieurs facteurs que les États pouvaient souhaiter prendre en considération pour arriver à l'indemnisation la plus équitable. Pour le rapport du Groupe de travail de la Commission (1996), voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 264 à 359.

⁴⁶⁸ En ce qui concerne la catastrophe de Bhopal, le Gouvernement indien a tenté de regrouper les demandes d'indemnisation des victimes. Il a essayé d'obtenir une indemnisation en s'adressant d'abord aux tribunaux des États-Unis mais la demande n'a pas abouti pour motif de *forum non conveniens*. L'affaire a alors été portée devant la Cour suprême de l'Union indienne. La loi sur la catastrophe de Bhopal (instruction des demandes d'indemnisation) de 1985 a servi de fondement au regroupement des demandes d'indemnisation. Dans l'affaire *Union Carbide Corporation v. Union of India and others (All India Reports, 1990 SC 273)*, la Cour suprême de l'Union indienne a rendu une décision fixant le montant de l'indemnisation forfaitaire qui devait être versée. Union Carbide devait verser à l'Union indienne un montant forfaitaire de 470 millions de dollars des États-Unis en règlement intégral de toutes les réclamations, tous les droits et toutes les créances liés à la catastrophe de Bhopal ou découlant de celle-ci. La demande d'indemnisation originaire du Gouvernement indien était supérieure à 1 milliard de dollars.

commissions nationales des réclamations ou les commissions mixtes des réclamations établies à cette fin pourraient examiner les demandes et fixer le montant définitif de l'indemnisation⁴⁶⁹.

11) La Commission d'indemnisation des Nations Unies⁴⁷⁰ et le Tribunal des réclamations des États-Unis-Iran⁴⁷¹ peuvent constituer des modèles utiles pour certaines des procédures envisagées au paragraphe 4.

12) La Commission est consciente des difficultés pratiques, notamment des dépenses et des délais, qui s'attachent à la présentation de réclamations dans un contexte transnational ou sur le plan international. On peut critiquer à juste titre, dans certains cas mais pas tous, le fait que les recours de droit civil imposant aux victimes de faire valoir leurs réclamations devant des instances judiciaires et autres étrangères peuvent être «très complexes, coûteux et en définitive n'offrir aucune garantie de succès»⁴⁷². La mention de procédures qui soient rapides et entraînent le minimum de frais vise à traiter cet aspect de la question et exprimer le désir de ne pas mettre à la charge de la victime une procédure excessivement longue pouvant avoir un caractère dissuasif. Il s'est produit au cours des années récentes plusieurs cas de dommages qui ont donné lieu à un règlement des réclamations aux fins d'indemnisation⁴⁷³. Certains d'entre eux ont été réglés à

⁴⁶⁹ Pour l'indemnité de 324 949 311 dollars versée en avril 2002 au peuple d'Enewetak en raison des dommages causés à ses terres par le programme nucléaire exécuté par les États-Unis entre 1946 et 1958, voir *International Legal Materials*, vol. 39 (2000), p. 1214.

⁴⁷⁰ Sur la procédure adoptée par la Commission d'indemnisation des Nations Unies, voir Mojtaba Kazazi, «Environmental Damage in the Practice of the United Nations Compensation Commission», in Michael Bowman et Alan Boyle, *Environmental Damage...*, op. cit., p. 111 à 113.

⁴⁷¹ Le règlement du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran peut être consulté à l'adresse www.iusct.org.

⁴⁷² Voir Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference...*, op. cit., p. 259.

⁴⁷³ i) L'éruption du puits Ixtoc I en juin 1979 en baie de Campeche au large des côtes du Mexique, p. 239 et 240 (la plate-forme pétrolière était la propriété d'une société des États-Unis, contrôlée par une société publique mexicaine, et exploitée par une société mexicaine privée de forage; mettant en cause 12,5 millions de dollars des États-Unis de frais de nettoyage et un montant estimé de 400 millions de dollars au titre des pertes du secteur de la pêche et du tourisme; règlement extrajudiciaire entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et la société américaine sans considération des questions de responsabilité formelle. Règlement de 2 millions de dollars des États-Unis au Gouvernement des États-Unis, et de 2 140 000 dollars des États-Unis au titre des pertes subies par les pêcheurs, les stations touristiques et d'autres parties affectées par la marée noire), ILM, vol. 22 (1983), p.580; ii) la marée noire de Cherry Point, p. 249 (le Canada et Atlantic Richfield Oil Refinery, une société des États-Unis, ont réglé à l'amiable les réclamations relatives à une marée noire causée par un pétrolier immatriculé au Libéria lors du déchargement de sa cargaison à Cherry Point, État de Washington, dans les eaux des États-Unis, provoquant une pollution des plages canadiennes de la côte ouest), *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XI (1973), p.333; l'affaire Sandoz, Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference...*, op. cit., p. 251 et 252 (l'eau utilisée pour éteindre l'incendie qui avait éclaté à l'usine chimique Sandoz le 1^{er} novembre 1986 provoqua une pollution du Rhin, causant des dommages importants en aval du fleuve, en France, en Allemagne et aux Pays-Bas. Il fallut indemniser le préjudice économique, y compris notamment les frais de nettoyage et d'autres mesures d'intervention dont les

l'amicable. D'autres l'ont été par le recours à des régimes de responsabilité civile. La conclusion qui ressort de l'expérience de différentes affaires est que, soit les États aussi bien que les entités concernées représentant les victimes doivent s'impliquer en vue d'un règlement extrajudiciaire des réclamations, soit les victimes doivent jouir de l'égalité d'accès ou d'un accès non discriminatoire aux recours de droit civil⁴⁷⁴.

13) Le paragraphe 5 vise l'importance de l'accès à l'information, sans lequel le principe de l'égalité d'accès envisagé aux paragraphes 1, 2 et 3 pour les victimes de dommages transfrontières ne peut être réalisé de manière rapide et sans trop de frais. Cela peut également valoir pour les procédures internationales visées au paragraphe 4. Les États devraient rassembler et gérer les informations dans le cadre de l'exercice de leurs obligations de diligence raisonnable et les mettre à la disposition de toute partie intéressée⁴⁷⁵. Il s'agit notamment des informations suivantes: la nature précise du risque, les normes de sécurité requises, l'assise financière de l'activité, les dispositions d'assurance ou de garantie financière que l'exploitant est tenu de respecter, les lois et règlements applicables ainsi que les institutions compétentes pour connaître

frais de contrôle et de remise en état. Les préjudices immatériels étaient également en cause par suite de la perte subie par le secteur de la pêche d'eau douce. Les réclamations ont donné lieu à un règlement d'ordre privé. Plus de 1 000 réclamations ont été réglées pour un montant de 36 millions de marks allemands. La plupart des indemnités ont été versées principalement aux États mais aussi à certaines parties privées); affaire de la fuite de gaz de Bhopal, *in* Lefebvre, p. 253 et 254 (la réclamation a donné lieu à un règlement extrajudiciaire entre Union Carbide Corporation, les États-Unis et le Gouvernement indien pour un montant de 470 millions de dollars des États-Unis, alors que la réclamation initiale portait sur un montant plus élevé); les *Mines de potasse d'Alsace*, *in* Lefebvre, p. 254 à 258 (une société française a provoqué une pollution du Rhin par les chlorures issus du rejet du sel produit par le traitement du minerai. Ce déversement était considéré comme une opération normale. Mais la haute teneur en sel du fleuve était un sujet d'inquiétude en aval pour les entreprises de fourniture d'eau potable, le secteur industriel, et les maraîchers, utilisateurs traditionnels de l'eau pour leurs activités. Les Gouvernements des pays intéressés, la Suisse, la France, l'Allemagne et les Pays-Bas ont engagé des négociations en vue de réduire la pollution par les chlorures et, en 1976 à Bonn, ont conclu un accord qui n'est entré en vigueur qu'en 1985 et pour peu de temps. Le problème de haute teneur en sel a persisté malgré la conclusion d'un autre protocole en 1991. Le Gouvernement des Pays-Bas ne souhaitant pas présenter une réclamation contre le Gouvernement français, plusieurs victimes ont engagé une action devant les tribunaux des Pays-Bas en 1974. Le procès a duré jusqu'en 1988; l'affaire a alors fait l'objet d'un règlement extrajudiciaire juste avant une décision de la Cour suprême des Pays-Bas favorable aux demandeurs. Aux termes du règlement, les coopératives de maraîchers obtenaient la coquette somme de 2 millions de dollars des États-Unis. Les réclamations des entreprises de production d'eau potable furent rejetées par un tribunal français au motif qu'il n'existait pas de lien de causalité suffisant entre le déversement de sel et le préjudice dû à la corrosion sur lequel se fondaient les entreprises de production d'eau). Voir aussi l'Étude des régimes de responsabilité du Secrétariat, A/CN.4/543, par. 399 à 433.

⁴⁷⁴ Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference...*, op. cit., p. 260.

⁴⁷⁵ Ainsi, en Inde, l'article 4 de la loi sur l'information de 2005 impose à toutes les autorités publiques de rassembler et gérer si possible de manière informatisée tous les dossiers dûment catalogués et indexés d'une manière et sous une forme qui facilitent l'exercice du droit à l'information en vertu de la loi. Pour le texte de la loi 22 de 2005, voir <http://indiacode.nic.in/fullact1.asp?tfnm=200522>.

de réclamations, y compris d'allégations de non-respect des normes de sécurité, et pour remédier aux griefs.

14) L'accès à l'information est un principe évolutif. Même dans les pays dotés d'une forme de gouvernance évoluée et d'éléments modernes de droit administratif, il faut un certain temps pour développer le concept et en faire, dans les plus divers aspects, un droit juridiquement opposable⁴⁷⁶. Un tel droit d'accès est consacré dans plusieurs instruments⁴⁷⁷.

15) L'adjectif «approprié» au paragraphe 5 vise à indiquer que, dans certaines circonstances, l'accès à l'information ou la divulgation d'informations peuvent être refusés. Il importe toutefois que, même dans ce cas, l'information soit facile à obtenir en ce qui concerne les exceptions applicables, les motifs de refus, les procédures de recours et les droits à acquitter, le cas échéant. Si possible, cette information devrait pouvoir être obtenue sans frais ou pour une somme minime.

16) La question de la reconnaissance et de l'exécution des arrêts et sentences arbitrales rendus à l'étranger est également en cause dans les présents projets de principes. Cette reconnaissance et cette exécution seraient essentielles pour garantir qu'une décision rendue dans un pays où le défendeur ne possède pas d'actifs suffisants pour permettre aux victimes d'être indemnisées produise ses effets dans d'autres pays où ces actifs sont disponibles. La plupart des États

⁴⁷⁶ Les pays scandinaves, les pays de l'Union européenne et les États-Unis sont en bonne voie de réaliser le droit d'accès à l'information mais il reste encore beaucoup à faire même dans le contexte de ces pays et plus encore dans d'autres; voir S. Coliver, P. Hoffman, J. Fitzpatrick et S. Bowen (dir. publ.), *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information* (La Haye: Kluwer Academic Publishers, 1999); U. Oberg, *EU Citizens' Right to Know: The Improbable Adoption of a European Freedom of Information Act*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 2 (2000), p. 303. Des lois sur le «droit à l'information» ont été adoptées dans au moins 25 États des États-Unis et au Canada. Pour plus de détails sur ces initiatives et d'autres et une analyse du droit d'accès à l'information, voir Peter H. Sand, «Information Disclosure as an Instrument of Environmental Governance», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 63 (2003), p. 487 à 502. Sur le droit à l'information dans la perspective de l'accès aux tribunaux dans le domaine de l'environnement en Nouvelle-Zélande, voir Peter Salmon, «Access to Environmental justice», *N.Z.J. Environmental Law*, vol. 2 (1998), p. 9 à 11. La Banque mondiale, pour sa part, met en œuvre des procédures pour favoriser la divulgation des données opérationnelles concernant les projets qu'elle finance dans le monde entier. Voir I. F. I. Shihata, *The World Bank Inspection Panel* (1994).

⁴⁷⁷ Voir la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement de 1998, qui est en vigueur depuis le 30 octobre 2001; la Convention OSPAR pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (art. 9); la Convention de Lugano de 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (art. 15 et 16); les Lignes directrices adoptées en 1995 par la Commission économique pour l'Europe de l'ONU à Sofia pour l'accès à l'information sur l'environnement et la participation du public à la prise de décisions en matière d'environnement (art. 4 et 5); la Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement. Voir aussi l'Étude des régimes de responsabilité du Secrétariat, document A/CN.4/543, par. 287 à 336.

subordonnent la reconnaissance et l'exécution des arrêts et sentences arbitrales rendus à l'étranger à des conditions légales précises ou les exécutent conformément aux obligations qui leur incombent en vertu de traités internationaux. De manière générale, la reconnaissance et l'exécution d'arrêts et sentences arbitrales rendus à l'étranger peuvent être refusées pour des motifs tirés de la fraude, de l'absence de procès équitable, de l'ordre public, de l'incompatibilité avec les précédentes décisions. Il se peut que d'autres conditions soient applicables ou qu'il existe d'autres possibilités⁴⁷⁸.

Principe 7

Élaboration de régimes internationaux spécifiques

1. Dans les cas où, pour des catégories particulières d'activités dangereuses, des accords spécifiques, universels, régionaux ou bilatéraux permettraient d'établir des arrangements efficaces concernant l'indemnisation, les mesures d'intervention et les moyens de recours internationaux et internes, aucun effort ne devrait être épargné pour conclure de tels accords.
2. Ces accords devraient, selon qu'il convient, prévoir des arrangements concernant le financement de fonds par la branche d'activité et/ou par l'État en vue d'apporter un complément d'indemnisation lorsque les ressources financières de l'exploitant, y compris les garanties financières, sont insuffisantes pour couvrir les dommages résultant d'un événement. De tels fonds peuvent être conçus pour compléter ou remplacer les fonds nationaux alimentés par la branche d'activité.

Commentaire

1) Le projet de principe 7 correspond aux dispositions figurant dans le projet de principe 4, si ce n'est qu'elles opèrent au niveau international. Il s'appuie sur le principe 22 de la Déclaration de Stockholm et le principe 13 de la Déclaration de Rio. Le paragraphe 1 engage les États à conclure, aux niveaux mondial, régional ou bilatéral, des accords internationaux spécifiques lorsqu'ils permettent d'établir les arrangements les plus efficaces dans les domaines visés par les présents principes, à savoir: a) indemnisation; b) mesures d'intervention; et c) réparation et voies de recours.

⁴⁷⁸ Par exemple, le tribunal de district des États-Unis qui a rejeté les demandes indiennes d'indemnisation dans l'affaire de Bhopal pour des motifs de *forum non conveniens* et a renvoyé les demandeurs devant les tribunaux indiens a indiqué que les jugements rendus en Inde pourraient être exécutés aux États-Unis; Lefeber, *Transboundary Environmental Interference...*, op. cit., p. 267 et 268.

2) Le paragraphe 2 encourage les États, selon qu'il convient, à inclure dans ces arrangements divers systèmes de sécurité financière sous la forme de fonds financés, soit par la branche d'activité, soit par les États en vue de garantir des ressources financières supplémentaires pour les victimes d'un dommage transfrontière. Il souligne la nécessité pour les États de conclure des arrangements spécifiques en les adaptant aux circonstances particulières des diverses activités dangereuses. Il postule également qu'il y a, dans le régime de responsabilité pour les dommages transfrontières, plusieurs variables qu'il est préférable de laisser aux États ou à leur législation ou pratique nationales le soin de sélectionner ou de choisir, compte tenu de leurs besoins, situation politique et stade de développement économique particuliers. Des arrangements conclus sur une base régionale en ce qui concerne des catégories spécifiques d'activités dangereuses seront probablement plus productifs et durables s'agissant de protéger les intérêts de leurs nationaux, leur environnement et les ressources naturelles dont ils sont tributaires.

3) On se souviendra également que, dès le début de l'étude, la Commission est partie du postulat que le but essentiel devait être «de favoriser l'établissement de régimes juridiques qui, sans recourir à l'interdiction, règlent l'exercice de toute activité perçue comme comportant des dangers importants, actuels ou éventuels, et ayant des effets transnationaux»⁴⁷⁹.

Principe 8

Mise en œuvre

1. Chaque État devrait adopter les mesures législatives, réglementaires et administratives nécessaires à la mise en œuvre des présents projets de principes.
2. Les présents projets de principes et les mesures adoptées en vue de leur mise en œuvre sont appliqués sans aucune discrimination fondée, par exemple, sur la nationalité, le domicile ou la résidence.
3. Les États devraient coopérer pour la mise en œuvre des présents projets de principes.

Commentaire

1) Le paragraphe 1 énonce de nouveau ce qui était implicite dans les autres projets de principes, à savoir que chaque État devrait adopter des mesures législatives, réglementaires et administratives pour assurer l'application des projets de principes. Il vise à souligner l'importance de l'application au niveau national, par le biais de la législation interne, des normes

⁴⁷⁹ *Annuaire ... 1980*, vol. II (première partie), p. 246, rapport préliminaire, document A/CN.4/334, p. 246, par. 9.

ou obligations internationales acceptées par les États parties aux arrangements et accords internationaux.

2) Le paragraphe 2 souligne que ces projets de principes et toutes les dispositions adoptées pour leur application devront être mis en œuvre sans aucune discrimination, quelle qu'elle soit, interdite par le droit international. Le mot «aucune» indique qu'aucune discrimination, quel qu'en soit le motif, n'est valide. Les références à la nationalité, au domicile et à la résidence ne valent qu'à titre d'exemples. Ainsi, toute discrimination fondée sur la race, le sexe, la religion ou la croyance serait de toute évidence également interdite.

3) Le paragraphe 3 est une clause générale exhortant les États à coopérer pour mettre en œuvre les projets de principes, qui est calquée sur l'article 8 du Protocole de Kiev. L'importance des mécanismes d'application ne saurait être sous-estimée. Du point de vue du droit international général et conventionnel, elle opère sur le plan international pour l'essentiel entre les États et elle doit être mise en œuvre au niveau national au moyen de techniques internes spécifiques – constitutionnelles, législatives et autres. Il est important que les États adoptent une législation interne adaptée pour appliquer les principes, afin que les victimes de dommages transfrontières ne soient pas laissées sans recours adéquats.

CHAPITRE VI

RESSOURCES NATURELLES PARTAGÉES

A. Introduction

68. À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission a décidé d'inscrire le sujet «Ressources naturelles partagées» à son programme de travail et a désigné M. Chusei Yamada Rapporteur spécial sur le sujet⁴⁸⁰. Un groupe de travail a également été créé pour aider le Rapporteur spécial à définir l'orientation générale du sujet à la lumière du plan d'étude établi en 2000⁴⁸¹. Le Rapporteur spécial a exprimé son intention d'examiner, dans le cadre du sujet, les nappes captives transfrontières, le pétrole et le gaz naturel, et proposé à la Commission d'adopter une approche progressive, en commençant par l'examen des eaux souterraines⁴⁸².

69. De sa cinquante-cinquième (2003) à sa cinquante-septième (2005) session, la Commission a reçu et examiné trois rapports du Rapporteur spécial⁴⁸³. Au cours de cette période, elle a créé deux groupes de travail, l'un en 2004, présidé par le Rapporteur spécial et chargé de l'aider à poursuivre son examen du sujet et l'autre en 2005, présidé par M. Enrique Candioti, afin d'examiner et de réviser les 25 projets d'article sur le droit des aquifères transfrontières que le Rapporteur spécial avait proposés dans son troisième rapport (A/CN.4/551 et Corr.1 et Add.1), en tenant compte du débat en cours à la Commission. Le Groupe de travail constitué en 2005 n'avait pas achevé ses travaux.

B. Examen du sujet à la présente session

70. À la présente session, la Commission a décidé, à sa 2868^e séance, tenue le 2 mai 2006, de convoquer à nouveau le Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées, présidé par M. Enrique Candioti. Ce Groupe de travail a tenu cinq séances et a achevé d'examiner et de

⁴⁸⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10 et Corr.1)*, par. 518 et 519. L'Assemblée générale, au paragraphe 2 de sa résolution 57/21 du 19 novembre 2002, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé «Ressources naturelles partagées».

⁴⁸¹ *Ibid. Cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, annexe, p. 314.

⁴⁸² *Ibid. Cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10 et Corr.1)*, par. 529.

⁴⁸³ A/CN.4/533 et Add.1 (premier rapport), A/CN.4/539 et Add.1 (deuxième rapport), et A/CN.4/551 et Corr.1 et Add.1 (troisième rapport).

réviser les projets d'article que le Rapporteur spécial avait proposés dans son troisième rapport. À la 2878^e séance de la Commission, tenue le 18 mai 2006, le Président du Groupe de travail a présenté le rapport du Groupe de travail, dont l'annexe contenait 19 projets d'article révisés.

71. À ses 2878^e et 2879^e séances, tenues les 18 et 19 mai 2006, la Commission a examiné le rapport du Groupe de travail et a décidé, à la deuxième séance, de renvoyer les 19 projets d'article au Comité de rédaction.

72. À sa 2885^e séance, tenue le 9 juin 2006, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et a adopté en première lecture un ensemble de 19 projets d'article sur le droit des aquifères transfrontières; elle a adopté les commentaires y relatifs à ses 2903^e, 2905^e et 2906^e séances, tenues les 2, 3 et 4 août 2006.

73. À sa 2903^e séance, tenue le 2 août 2006, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre les projets d'article (voir sect. C ci-dessous), par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en les priant de faire parvenir ces commentaires et observations au Secrétaire général d'ici le 1^{er} janvier 2008.

74. À sa 2906^e séance, tenue le 4 août 2006, la Commission a exprimé sa profonde gratitude au Rapporteur spécial, M. Chusei Yamada, pour l'excellente contribution qu'il avait apportée au traitement du sujet grâce à ses travaux de recherche et à sa vaste expérience, ce qui lui avait permis de conclure la première lecture des projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Elle a également pris note de la contribution et des efforts inlassables du Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées présidé par M. Enrique Candioti, ainsi que des nombreux exposés présentés, durant l'élaboration du sujet, par des spécialistes des eaux souterraines de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), la Commission économique pour l'Europe (CEE) et l'Association internationale des hydrogéologues (AIH).

C. Texte du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission en première lecture

1. Texte du projet d'articles

75. On trouvera ci-dessous le texte du projet d'articles adopté par la Commission en première lecture.

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Article premier

Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique:

- a) à l'utilisation des aquifères et systèmes aquifères transfrontières;
- b) aux autres activités qui ont ou sont susceptibles d'avoir un impact sur ces aquifères et systèmes aquifères;
- c) aux mesures de protection, de préservation et de gestion de ces aquifères et systèmes aquifères.

Article 2

Termes employés

Aux fins du présent projet d'articles:

- a) on entend par «aquifère» une formation géologique souterraine perméable contenant de l'eau superposée à une couche moins perméable et l'eau contenue dans la zone saturée de cette formation;
- b) on entend par «système aquifère» une série de deux ou plusieurs aquifères qui sont hydrauliquement reliés;
- c) on entend par «aquifère transfrontière» ou «système aquifère transfrontière», respectivement, un aquifère ou un système aquifère réparti sur plusieurs États;
- d) on entend par «État de l'aquifère» un État sur le territoire duquel se trouve une partie quelconque d'un aquifère ou système aquifère transfrontière;
- e) on entend par «aquifère alimenté» un aquifère qui reçoit un volume non négligeable d'eau contemporaine;

f) on entend par «zone de réalimentation» la zone qui contribue à l'alimentation en eau d'un aquifère, comprenant l'aire de réception des eaux pluviales et l'aire d'écoulement de ces eaux dans un aquifère par ruissellement et infiltration dans le sol;

g) on entend par «zone de déversement» la zone où l'eau en provenance d'un aquifère s'écoule vers ses points de sortie, tels qu'un cours d'eau, un lac, une oasis, une zone humide ou un océan.

DEUXIÈME PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3

Souveraineté des États de l'aquifère

Chacun des États de l'aquifère est souverain sur la portion d'un aquifère ou système aquifère transfrontière se trouvant sur son territoire. Il exerce sa souveraineté conformément au présent projet d'articles.

Article 4

Utilisation équitable et raisonnable

Les États de l'aquifère utilisent un aquifère ou système aquifère transfrontière selon le principe de l'utilisation équitable et raisonnable, comme suit:

a) ils utilisent l'aquifère ou le système aquifère transfrontière d'une façon qui soit compatible avec une répartition équitable et raisonnable entre les États de l'aquifère concernés des avantages en découlant;

b) ils cherchent à maximiser les avantages qui seront tirés sur le long terme de l'utilisation de l'eau qui y est contenue;

c) ils établissent individuellement ou conjointement un plan global d'utilisation, en tenant compte des besoins présents et futurs en eau et des autres ressources possibles en eau des États de l'aquifère;

d) ils n'utilisent pas un aquifère ou système aquifère transfrontière alimenté à un niveau susceptible d'empêcher l'aquifère ou le système aquifère de continuer à fonctionner effectivement.

Article 5

Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable

1. L'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière de manière équitable et raisonnable, au sens du projet d'article 4, implique la prise en considération de tous les facteurs pertinents, notamment:

- a) la population tributaire de l'aquifère ou du système aquifère dans chaque État de l'aquifère;
- b) les besoins économiques, sociaux et autres, présents et futurs, des États de l'aquifère concernés;
- c) les caractéristiques naturelles de l'aquifère ou du système aquifère;
- d) la contribution à la formation et à l'alimentation de l'aquifère ou du système aquifère;
- e) l'utilisation actuelle et potentielle de l'aquifère ou du système aquifère;
- f) les effets de l'utilisation de l'aquifère ou du système aquifère dans un État de l'aquifère sur d'autres États de l'aquifère;
- g) l'existence d'autres solutions pour remplacer une utilisation particulière actuelle ou projetée de l'aquifère ou du système aquifère;
- h) la mise en valeur, la protection et la conservation de l'aquifère ou du système aquifère et le coût des mesures à prendre à cet effet;
- i) le rôle de l'aquifère ou du système aquifère dans l'écosystème correspondant.

2. Le poids à accorder à chaque facteur doit être déterminé en fonction de son importance pour l'aquifère ou le système aquifère transfrontière, par rapport à celle des autres facteurs pertinents. Pour déterminer ce qui est une utilisation équitable et raisonnable, il faut que tous les facteurs pertinents soient considérés ensemble et que la conclusion soit tirée sur la base de tous les facteurs. Toutefois, pour évaluer les différentes utilisations d'un aquifère ou système aquifère les unes par rapport aux autres, il doit être spécialement tenu compte des besoins humains vitaux.

Article 6

Obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres États de l'aquifère

1. Lorsqu'ils utilisent un aquifère ou système aquifère sur leur territoire, les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommage significatif aux autres États de l'aquifère.
2. Lorsqu'ils mènent des activités autres que l'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière qui ont, ou peuvent avoir, un impact sur cet aquifère ou ce système aquifère transfrontière, les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour éviter de causer un dommage significatif aux autres États de l'aquifère par l'intermédiaire dudit aquifère ou système aquifère.

3. Lorsqu'un dommage significatif est néanmoins causé à un autre État de l'aquifère, les États dont les activités ont causé ce dommage prennent, en consultation avec l'État touché, toutes les mesures appropriées pour l'éliminer ou l'atténuer en tenant compte comme il se doit des dispositions des projets d'articles 4 et 5.

Article 7

Obligation générale de coopérer

1. Les États de l'aquifère coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, du développement durable, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à une utilisation équitable et raisonnable et à une protection appropriée de leur aquifère ou système aquifère transfrontière.

2. Aux fins du paragraphe 1, les États de l'aquifère devraient établir des mécanismes conjoints de coopération.

Article 8

Échange régulier de données et informations

1. En application du projet d'article 7, les États de l'aquifère échangent régulièrement les données et informations aisément disponibles sur l'état de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière, en particulier celles qui sont d'ordre géologique, hydrogéologique, hydrologique, météorologique et écologique et celles qui concernent l'hydrochimie de l'aquifère ou du système aquifère, ainsi que les prévisions qui s'y rapportent.

2. Lorsque les connaissances concernant la nature et l'étendue de certains aquifères ou systèmes aquifères sont insuffisantes, les États de l'aquifère concernés s'emploient de leur mieux à collecter et à produire des données et informations plus complètes au sujet des aquifères ou systèmes aquifères en question, compte tenu des pratiques et normes existantes. Ces États prennent de telles mesures individuellement ou conjointement et, le cas échéant, de concert avec des organisations internationales ou par leur entremise.

3. Si un État de l'aquifère se voit demander, par un autre État de l'aquifère, de fournir des données et informations relatives à l'aquifère ou au système aquifère qui ne sont pas aisément disponibles, il s'emploie de son mieux à satisfaire à cette demande. L'État auquel la demande est adressée peut poser comme condition le paiement par l'État demandeur des frais raisonnablement exposés pour la collecte et, le cas échéant, le traitement de ces données ou informations.

4. Les États de l'aquifère s'emploient de leur mieux, le cas échéant, à collecter et à traiter les données et informations d'une manière propre à en faciliter l'utilisation par les autres États de l'aquifère auxquels elles sont communiquées.

TROISIÈME PARTIE

PROTECTION, PRÉSERVATION ET GESTION

Article 9

Protection et préservation des écosystèmes

Les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour protéger et préserver les écosystèmes qui sont situés à l'intérieur, ou sont tributaires, de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, notamment des mesures pour veiller à ce que la qualité et la quantité de l'eau qui est contenue dans l'aquifère ou le système aquifère, ainsi que de celle qui s'écoule dans ses zones de déversement, soient suffisantes pour protéger et préserver ces écosystèmes.

Article 10

Zones de réalimentation et de déversement

1. Les États de l'aquifère identifient les zones de réalimentation et de déversement de leur aquifère ou système aquifère transfrontière et, à l'intérieur de ces zones, prennent des mesures particulières pour réduire à un minimum les conséquences préjudiciables que peuvent subir les processus de réalimentation et de déversement.
2. Tous les États sur le territoire desquels se trouve tout ou partie d'une zone de réalimentation ou de déversement d'un aquifère ou système aquifère et qui ne sont pas des États de l'aquifère pour cet aquifère ou ce système aquifère, coopèrent avec les États de l'aquifère pour protéger ledit aquifère ou système aquifère.

Article 11

Prévention, réduction et maîtrise de la pollution

Les États de l'aquifère, individuellement et, s'il y a lieu, conjointement, préviennent, réduisent et maîtrisent la pollution de leur aquifère ou système aquifère transfrontière, y compris dans le cadre du processus de déversement, susceptible de causer des dommages significatifs à d'autres États de l'aquifère. Vu l'incertitude relative à la nature et à l'étendue de certains aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, et leur vulnérabilité à la pollution, les États de l'aquifère adoptent une approche de précaution.

Article 12

Surveillance

1. Les États de l'aquifère assurent la surveillance de leur aquifère ou système aquifère transfrontière. Ils s'acquittent, autant que possible, de cette surveillance conjointement avec les autres États de l'aquifère concernés et, s'il y a lieu, en collaboration avec les organisations internationales compétentes. Toutefois, lorsque les activités de surveillance ne sont pas menées conjointement, les États de l'aquifère échangent entre eux les données recueillies.

2. Les États de l'aquifère utilisent des normes et une méthodologie convenues et harmonisées pour assurer la surveillance de leur aquifère ou système aquifère transfrontière. Ils devraient déterminer les principaux paramètres qu'ils surveilleront sur la base d'un modèle conceptuel convenu de l'aquifère ou du système aquifère. Ces paramètres devraient inclure les paramètres relatifs à l'état de l'aquifère ou du système aquifère visés au paragraphe 1 du projet d'article 8 et ceux qui concernent l'utilisation de l'aquifère ou du système aquifère.

Article 13

Gestion

Les États de l'aquifère établissent et mettent en œuvre des plans visant à assurer la gestion appropriée de leur aquifère ou système aquifère transfrontière conformément aux dispositions du présent projet d'articles. Ils tiennent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, des consultations concernant la gestion de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière. Un mécanisme de gestion mixte est mis en place, s'il y a lieu.

QUATRIÈME PARTIE

ACTIVITÉS TOUCHANT D'AUTRES ÉTATS

Article 14

Activités projetées

1. Lorsqu'un État est fondé à penser qu'une activité particulière projetée sur son territoire risque de porter atteinte à son aquifère ou système aquifère transfrontière et, partant, d'avoir des effets négatifs significatifs sur un autre État, il évalue, dans la mesure où c'est faisable, les effets éventuels de cette activité.
2. Avant de mettre à exécution ou d'autoriser l'exécution d'activités projetées susceptibles de porter atteinte à un aquifère ou système aquifère transfrontière et, partant, d'avoir des effets négatifs significatifs sur un autre État, l'État concerné en donne notification à cet autre État en temps utile. La notification est accompagnée des données techniques et informations disponibles, y compris, le cas échéant, les résultats de l'étude d'impact sur l'environnement, afin que l'État auquel elle est adressée ait la possibilité d'évaluer les effets possibles des activités projetées.
3. Si l'État auteur de la notification et l'État auquel elle est adressée sont en désaccord quant aux effets possibles des activités projetées, ils engagent des consultations et, si nécessaire, des négociations en vue de parvenir à une solution équitable de leur différend. Ils peuvent faire appel à un organe d'enquête indépendant pour faire une évaluation impartiale des effets desdites activités.

CINQUIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 15

Coopération scientifique et technique avec les États en développement

Les États, agissant directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes, encouragent la fourniture aux États en développement d'une coopération dans les domaines de la science, l'éducation, la technique et autres en vue de la protection et de la gestion des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Cette coopération consiste notamment à:

- a) former leur personnel scientifique et technique;
- b) faciliter leur participation aux programmes internationaux pertinents;
- c) leur fournir le matériel et les facilités nécessaires;
- d) accroître leur capacité de fabriquer eux-mêmes ce matériel;
- e) fournir les services consultatifs et développer les moyens matériels concernant les programmes de recherche, de surveillance, d'éducation et autres programmes;
- f) fournir les services consultatifs et développer les moyens matériels nécessaires pour réduire à un minimum les effets préjudiciables des principales activités touchant les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières;
- g) effectuer des études d'impact sur l'environnement.

Article 16

Situations d'urgence

1. Aux fins du présent projet d'articles, on entend par «situation d'urgence» une situation qui est brusquement provoquée par des causes naturelles ou par des activités humaines et qui menace de façon imminente de causer un dommage grave aux États de l'aquifère ou à d'autres États.
2. Lorsqu'une situation d'urgence touche un aquifère ou un système aquifère et, partant, constitue une menace imminente pour des États, les dispositions ci-après s'appliquent:
 - a) tout État sur le territoire duquel survient une situation d'urgence:
 - i) en informe sans retard et par les moyens les plus expéditifs disponibles les autres États qui risquent d'être touchés ainsi que les organisations internationales compétentes;

- ii) en coopération avec les États qui risquent d'être touchés et, s'il y a lieu, les organisations internationales compétentes, prend immédiatement toutes les mesures susceptibles d'être mises en œuvre que dictent les circonstances pour prévenir, atténuer et éliminer toute conséquence dommageable de la situation d'urgence;

b) les États assurent une coopération scientifique, technique, logistique et autre aux États dans lesquels survient une situation d'urgence. Cette coopération peut comprendre la coordination des opérations et communications internationales d'urgence et la mise à disposition de personnel d'urgence entraîné, de matériel et de fournitures d'urgence, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire.

3. Lorsqu'une situation d'urgence constitue une menace pour des besoins humains vitaux, les États de l'aquifère, par dérogation aux dispositions des projets d'articles 4 et 6, peuvent prendre les mesures strictement nécessaires pour répondre à ces besoins.

Article 17

Protection en période de conflit armé

Les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières et les installations, aménagements et autres ouvrages connexes bénéficient de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et ne sont pas utilisés en violation de ces principes et règles.

Article 18

Données et informations relatives à la défense ou à la sécurité nationales

Aucune disposition du présent projet d'articles n'oblige un État à fournir des données ou des informations dont la confidentialité est essentielle à sa défense ou à sa sécurité nationales. Néanmoins, cet État coopère de bonne foi avec les autres États en vue de fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Article 19

Accords et arrangements bilatéraux et régionaux

Aux fins de la gestion d'un aquifère ou système aquifère transfrontière particulier, les États de l'aquifère sont encouragés à passer entre eux un accord ou arrangement bilatéral ou régional. Un tel accord ou arrangement peut être passé pour tout ou partie d'un aquifère ou système aquifère ou pour un projet ou programme particulier ou une utilisation particulière, sans le consentement exprès d'un ou plusieurs États de l'aquifère, sauf dans la mesure où il porte atteinte, de façon significative, à l'utilisation de l'eau de l'aquifère ou du système aquifère par l'État ou les États en question.

2. Texte des projets d'articles et des commentaires y afférents

76. Le texte des projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières et des commentaires y afférents adoptés en première lecture par la Commission à sa cinquante-huitième session est repris ci-après.

Le droit des aquifères transfrontières

Commentaire général

1) À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission du droit international avait décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé «Ressources naturelles partagées». De l'avis général, ce sujet recouvrait les eaux souterraines, le pétrole et le gaz naturel, mais il y avait aussi, d'une part, quelques membres qui voulaient y faire entrer aussi des ressources telles que les oiseaux et autres animaux migratoires et, d'autre part, des membres qui souhaitaient au contraire le limiter aux seules eaux souterraines.

2) Le Rapporteur spécial sur le sujet a considéré qu'il serait bon de commencer par l'examen des eaux souterraines, dans le prolongement des travaux antérieurs de la Commission consacrés à la codification du droit des eaux de surface⁴⁸⁴, et qu'en outre cela lui compliquerait la tâche d'avoir à traiter trois ressources différentes simultanément. Aussi a-t-il décidé de se concentrer pour le moment sur les eaux souterraines transfrontières et ce, au moins durant la première lecture du projet d'articles. Cette démarche a reçu l'approbation générale. Le Rapporteur spécial n'ignore pas pour autant les points communs qui existent entre ces trois ressources différentes, en particulier les eaux souterraines non renouvelables contenues dans les aquifères non alimentés, d'une part, et le pétrole et le gaz naturel, de l'autre. En effet, au-delà des dissemblances qu'offrent ces ressources, il sait que les travaux consacrés aux eaux souterraines transfrontières pourraient rejaillir sur les travaux futurs de codification de la Commission concernant le pétrole et le gaz naturel. De plus, elle pourrait juger bon de tenir compte de certains éléments pertinents des réglementations existantes et de la pratique actuelle des États concernant le pétrole et le gaz naturel avant de parachever ses travaux sur les eaux souterraines. C'est pourquoi il a proposé de réserver l'examen de cet aspect à la seconde lecture du projet

⁴⁸⁴ Convention des Nations Unies de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

d'articles. Un membre a fait observer qu'il faudra décider d'aller ou non de l'avant pour le pétrole et le gaz naturel lorsque celle-ci aura été achevée.

3) Le texte adopté en première lecture est provisoirement présenté sous la forme d'un projet d'articles. Suivant la pratique de la Commission, le terme «projet d'articles» a été employé sans préjudice de la forme définitive du fruit de ses travaux, que ce soit une convention ou non. La forme définitive que le projet d'articles devrait revêtir est bien entendu une question qui compte pour la rédaction du texte du projet d'articles, et il faudra s'y attaquer le moment venu, mais à ce stade, c'est sur le fond que les efforts ont porté. La Commission a jugé qu'il était encore prématuré d'arrêter une conclusion sur cette question de la forme définitive, étant donné les vues divergentes que les États ont exprimées à la Sixième Commission. Le projet d'articles présenté ne comprend donc pas de dispositions relatives au règlement des différends, de dispositions finales ni d'article quelconque qui risquerait de préjuger la question de la forme définitive. S'il est décidé de passer à une convention, il sera probablement nécessaire d'apporter d'autres changements en seconde lecture, et notamment de préciser les rapports de la convention avec d'autres accords et arrangements, ainsi que les relations avec les États non parties.

4) La Commission a examiné le point de savoir s'il serait nécessaire de structurer le projet d'articles de manière à distinguer les obligations qui s'appliqueront à tous les États en général, les obligations des États de l'aquifère vis-à-vis des autres États de l'aquifère et les obligations des États de l'aquifère vis-à-vis des États tiers. Il a été décidé que, pour être efficaces, certains projets d'articles auraient à imposer des obligations aux États qui ne partagent pas l'aquifère transfrontière considéré et, dans certains cas, à leur accorder des droits vis-à-vis des États de l'aquifère. Pour parvenir à ces conclusions, la Commission a mis l'accent sur la protection de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière.

5) Le projet d'articles fait largement fond sur la Convention de 1997 sur les cours d'eau. C'est ce que certains critiquent au motif qu'il existe des différences très nettes entre les eaux de surface et les eaux souterraines. D'autres font valoir que la Convention a été un échec parce qu'elle n'a pas été ratifiée par un nombre suffisant d'États pour entrer en vigueur. Il y a bien sûr des différences entre ces deux ressources, mais il y a davantage encore de similitudes, en particulier dans leur mode de gestion. Il est vrai que la Convention n'est pas encore entrée en

vigueur⁴⁸⁵. Il s'agit pourtant d'une convention-cadre qui possède une autorité certaine. La Cour internationale de Justice a reconnu cette autorité en mentionnant la Convention dans son arrêt en l'affaire *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*⁴⁸⁶. Un grand nombre de dispositions de fond du Protocole (révisé) de 2000 sur les réseaux hydrographiques partagés de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) reprennent presque mot pour mot les dispositions de la Convention, et elles sont en application⁴⁸⁷. La Convention offre donc un point de départ utile pour la codification du droit relatif aux eaux souterraines transfrontières.

6) Il ne manque pas non plus de traités et autres documents juridiques qui offrent d'utiles contributions aux travaux en cours. Ces instruments ont été compilés par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) en association avec l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)⁴⁸⁸, et des passages pertinents de ces instruments sont cités dans l'additif au troisième rapport du Rapporteur spécial⁴⁸⁹. Il a été établi que la quasi-totalité des États ayant des frontières terrestres ont aussi des eaux souterraines qui traversent leurs frontières avec leurs voisins. En conséquence, la plupart des États ont des intérêts en jeu d'une manière ou d'une autre dans ce sujet. La pratique des États s'étoffe actuellement. Outre les utiles contributions de divers États, des avis scientifiques et techniques ont été dispensés depuis 2003 au Rapporteur spécial et à la Commission sur les questions d'hydrogéologie dans le cadre du Programme hydrologique international (PHI) de l'UNESCO, qui a permis de solliciter, coordonner et financer les contributions d'experts internationaux, d'institutions internationales et nationales, et notamment de centres des ressources en eaux souterraines – Association internationale des hydrogéologues (AIH), FAO, Programme des Nations Unies pour l'environnement/Fonds pour l'environnement mondial (PNUE/GEE), Organisation des États américains (OEA), Union internationale pour la conservation de la nature

⁴⁸⁵ Aux termes de son article 36, paragraphe 1, «La présente Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour suivant la date du dépôt du trente-cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion...». À la date du 6 août 2006, elle comptait 14 États parties: Afrique du Sud, Finlande, Hongrie, Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Jordanie, Liban, Namibie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Qatar, République arabe syrienne et Suède.

⁴⁸⁶ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, par. 85.

⁴⁸⁷ Date d'entrée en vigueur: 22 septembre 2003. Parties et/ou signataires: Afrique du Sud, Angola, Botswana, Congo, Lesotho, Malawi, Maurice, Mozambique, Namibie, Seychelles, Swaziland, Tanzanie, Zambie et Zimbabwe.

⁴⁸⁸ S. Burchi et K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments*, (FAO/UNESCO, 2005).

⁴⁸⁹ Document A/CN.4/551/Add.1.

et de ses ressources (IUCN), Centre international d'évaluation des ressources en eau souterraine (IGRAC) et Commission économique pour l'Europe (CEE) –, auxquels le Rapporteur spécial et la Commission sont très sincèrement reconnaissants.

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Article premier

Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique:

- a) à l'utilisation des aquifères et systèmes aquifères transfrontières;
- b) aux autres activités qui ont ou sont susceptibles d'avoir un impact sur ces aquifères et systèmes aquifères;
- c) aux mesures de protection, de préservation et de gestion de ces aquifères et systèmes aquifères.

Commentaire

1) Le projet d'article premier définit le champ d'application du présent projet d'articles. Le terme «eaux souterraines» a constamment été employé au sein de la Commission et à l'Assemblée générale des Nations Unies. S'il est parfaitement approprié de désigner ainsi une masse d'eaux souterraines constituant un ensemble unitaire et pouvant être extraites pour la consommation humaine, aux fins du présent projet d'articles, en revanche, c'est le terme technique «aquifère» qui est préféré, car il est plus précis scientifiquement et ne laisse aucune ambiguïté, que ce soit pour les juristes ou pour les experts scientifiques et les administrateurs. Un aquifère est souvent relié hydrauliquement à un ou plusieurs autres aquifères. En pareil cas, ces aquifères doivent être traités comme un système unique pour être convenablement gérés en raison de la cohérence hydraulique qui existe entre eux. Cette série de deux ou plusieurs aquifères est dénommée «système aquifère». Dans le projet d'articles, les termes «aquifère» et «système aquifère» sont toujours employés ensemble.

2) Le mandat qui a été donné à la Commission est de codifier le droit relatif aux «ressources naturelles partagées». En conséquence, le présent projet d'articles ne s'appliquera qu'aux aquifères transfrontières, à l'exclusion des aquifères intérieurs. Si ces derniers sont reliés à

des cours d'eau internationaux au sens de la Convention de 1997, ils seront régis par cette convention, et non par le présent projet d'articles. En revanche, tous les aquifères transfrontières seront régis par le présent projet d'articles, qu'ils soient ou non hydrauliquement reliés à des cours d'eau internationaux. Ceux qui sont hydrauliquement reliés à des cours d'eau internationaux seront régis par la Convention de 1997, en application de son article 2 a), mais aussi par le présent projet d'articles. Cette dualité consistant à appliquer à ces aquifères les dispositions de ces deux régimes juridiques ne devrait pas en principe poser de problème, car lesdits régimes ne sont pas censés être contradictoires. En cas de conflit entre eux, il deviendrait nécessaire de se pencher sur la situation, mais pour ne pas préjuger la forme définitive du projet d'articles, il ne sera pas question pour le moment de la relation entre la Convention de 1997 sur les cours d'eau et le présent projet d'articles.

3) Le projet d'article premier spécifie, aux alinéas *a* à *c*, trois catégories d'activités différentes que le projet d'articles doit couvrir. Les activités régies par l'article premier de la Convention de 1997 sur les cours d'eau sont i) les utilisations de ces ressources et ii) les mesures de protection, de préservation et de gestion liées aux utilisations desdites ressources. Elles sont pour l'essentiel reprises aux alinéas *a* et *c* du présent projet d'article.

4) Dans la version anglaise de l'alinéa *a*, le terme «utilization» a été préféré à «uses» parce qu'il recouvre aussi la façon d'utiliser. Il est à noter que la Convention de 1997 retient l'expression «cours d'eau internationaux et de leurs eaux» pour indiquer que les articles s'appliquent aussi bien au cours d'eau lui-même (chenal ou système d'eaux superficielles et souterraines) qu'à ses eaux, pour autant qu'il existe une différence entre eux. Cette considération ne s'impose pas dans le présent alinéa, parce que la définition de l'«aquifère», au projet d'article 2, précise bien que celui-ci comprend à la fois la formation géologique et les eaux qui y sont contenues.

5) Dans la version anglaise de l'alinéa *c*, «measures for protection, ...» a été jugé plus approprié que «measures of protection, ...» de la disposition comparable de la Convention de 1997; de plus, le membre de phrase «relating to uses of» («liées aux utilisations») qui figure dans la Convention a été supprimé pour étendre le champ d'application du présent projet d'articles. Les «mesures» en question doivent s'entendre non seulement de celles qui seront prises pour faire face à la dégradation des aquifères, mais encore des diverses formes de

coopération, institutionnalisée ou non, concernant l'utilisation, la mise en valeur, la conservation et la gestion des aquifères transfrontières.

6) Outre ces deux catégories d'activités, l'alinéa *b* en prévoit une troisième, les «autres activités qui ont ou sont susceptibles d'avoir un impact sur ces aquifères et systèmes aquifères». Dans le cas des aquifères, il faudrait réglementer les activités autres que leur utilisation pour assurer correctement leur gestion. Ces activités sont celles qui sont menées au-dessus ou autour des aquifères et leur causent certains effets dommageables. À titre d'exemple, l'activité agricole et l'utilisation d'engrais et de pesticides chimiques risquent de polluer les eaux de l'aquifère. La construction de passages souterrains risque de détruire la formation géologique ou d'entraver le processus de réalimentation ou de déversement. Il faut évidemment qu'il existe un lien de causalité entre les activités et leurs effets. Le terme «impact» est souvent employé pour exprimer ces effets dommageables ou négatifs sur l'environnement, par exemple dans l'expression «évaluation d'impact».

7) «Impact» est plus large que la notion de «préjudice» ou de «dommage», qui est plus spécifique. En soi, le terme «impact» ne se rapporte pas à un effet positif ou négatif. Toutefois, on peut lui attribuer une connotation négative si le contexte dans lequel il est employé est négatif, comme c'est le cas à l'alinéa *b*. C'est pourquoi, dans ce contexte-là, «impact» a trait à un effet préjudiciable puissant, vigoureux ou d'une autre manière substantielle, alors que le seuil de cet effet n'y est pas défini. Il sera fixé plus tard, dans d'autres projets d'articles de fond, tels que les projets d'articles 6 et 10. L'impact sur les aquifères engloberait la détérioration de la qualité de l'eau, la réduction de la quantité d'eau et une modification du fonctionnement de l'aquifère dans un sens défavorable. L'évaluation destinée à déterminer s'il y a eu un «impact», ainsi que le type d'impact et l'étendue de l'impact, doit reposer sur des mesures établies avant l'impact et comparées ensuite aux mesures prises après l'impact, les premières donnant un niveau de base ou de référence qui peut servir aux comparaisons avec les mesures ultérieures.

Article 2

Termes employés

Aux fins du présent projet d'articles:

- a) on entend par «aquifère» une formation géologique souterraine perméable contenant de l'eau superposée à une couche moins perméable et l'eau contenue dans la zone saturée de cette formation;
- b) on entend par «système aquifère» une série de deux ou plusieurs aquifères qui sont hydrauliquement reliés;
- c) on entend par «aquifère transfrontière» ou «système aquifère transfrontière», respectivement, un aquifère ou un système aquifère réparti sur plusieurs États;
- d) on entend par «État de l'aquifère» un État sur le territoire duquel se trouve une partie quelconque d'un aquifère ou système aquifère transfrontière;
- e) on entend par «aquifère alimenté» un aquifère qui reçoit un volume non négligeable d'eau contemporaine;
- f) on entend par «zone de réalimentation» la zone qui contribue à l'alimentation en eau d'un aquifère, comprenant l'aire de réception des eaux pluviales et l'aire d'écoulement de ces eaux dans un aquifère par ruissellement et infiltration dans le sol;
- g) on entend par «zone de déversement» la zone où l'eau en provenance d'un aquifère s'écoule vers ses points de sortie, tels qu'un cours d'eau, un lac, une oasis, une zone humide ou un océan.

Commentaire

- 1) On trouve diverses définitions de l'aquifère et des eaux souterraines dans les conventions et autres documents juridiques internationaux existants⁴⁹⁰, mais elles ne sont pas assez précises

⁴⁹⁰ Par. 11 de l'article 2 de la Directive 2000/60/CE du Parlement et du Conseil de l'Union européenne du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau:

«Aquifère»: une ou plusieurs couches souterraines de roche ou d'autres couches géologiques d'une porosité et perméabilité suffisantes pour permettre soit un courant significatif d'eaux souterraines, soit le captage de quantités importantes d'eaux souterraines.

Commission d'indemnisation des Nations Unies, Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la troisième tranche de réclamations de la catégorie «F4», Glossaire (S/AC.26/2003/31):

«Aquifère»: formation géologique hydrique naturelle située au-dessous de la surface du sol.

Par. 1 de l'article premier du projet d'Accord de Bellagio de 1989 concernant l'utilisation des eaux souterraines transfrontières:

aux fins du présent article. La définition de l'aquifère donnée à l'alinéa *a* offre la description précise des deux éléments constitutifs d'un aquifère: l'un est la formation géologique souterraine, qui fonctionne comme réceptacle des eaux, l'autre, l'eau qui s'y trouve contenue susceptible d'en être extraite.

2) Le pétrole et le gaz naturel sont eux aussi emmagasinés dans des formations géologiques semblables. L'expression «contenant de l'eau» a été employée pour distinguer le champ d'application du projet d'articles du cas du pétrole et du gaz naturel. «Contenant de l'eau» n'a pas ici le sens de «capable de contenir des ressources en eau», il sert à indiquer que la formation contient actuellement de l'eau. La formation qui contient de l'eau englobe aussi bien la zone insaturée que la zone saturée de l'aquifère, ce qui veut dire que le qualificatif «contenant de l'eau» recouvre une notion plus large que «saturée». La mention «souterraine» est censée indiquer que les aquifères se trouvent sous la surface. Une «formation géologique» est constituée de matières ou matériaux naturels, compacts ou non compacts, tels que les roches, le gravier et le sable. Tous les aquifères sont superposés à des couches moins perméables qui font en quelque sorte fonction de fond du conteneur. On trouve aussi des aquifères au-dessous de couches moins perméables qui y sont superposées. Les eaux emmagasinées dans ces aquifères sont désignées comme des eaux souterraines «captives» du fait qu'elles subissent une pression supérieure à la pression atmosphérique.

«Aquifère»: désigne une formation géologique souterraine contenant de l'eau d'où l'on peut tirer des volumes d'eau importants.

Par. 2 de l'article 3 des Règles de Berlin de l'Association de droit international relatives aux ressources en eau (2004):

«Aquifère»: désigne une couche ou plusieurs couches géologiques souterraines d'une porosité et perméabilité suffisantes pour permettre soit un courant d'eaux souterraines soit le captage de quantités d'eau utiles.

Al. *a* du paragraphe 2 de l'article premier de la Directive 80/68/CEE du Conseil du 17 décembre 1979, concernant la protection des eaux souterraines contre la pollution causée par certaines substances dangereuses; paragraphe 3 de l'article 2 du Protocole de 1999 sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux; paragraphe 2 de l'article 2 de la Directive 2000/60/CE du Parlement et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau:

«Eaux souterraines»: toutes les eaux se trouvant sous la surface du sol dans la zone de saturation qui sont en contact direct avec le sol ou le sous-sol.

Par. 11 de l'article 3 des Règles de Berlin de l'Association de droit international relatives aux ressources en eau (2004):

3) La définition de l'eau d'un aquifère ne vise que celle qui est emmagasinée dans la zone saturée de la formation géologique, car seule cette eau peut être extraite. Celle qui se trouve au-dessus de la zone saturée, de même que la nappe souterraine qui se trouve à l'extérieur de l'aquifère, reste dans les interstices, se mélange à l'air et revêt la forme de vapeur et ne peut être extraite. Elle est comme l'huile de schiste. Il est certes possible, en théorie, de séparer cette eau de l'air et du sol, mais ce n'est ni techniquement ni économiquement faisable à l'heure actuelle. La question a été soulevée de savoir si le projet d'articles devrait aussi s'appliquer aux formations qui ne contiennent que des quantités d'eau minimales. Il est certes évident que les États ne s'intéressent pas à un aquifère qui pour eux ne compte pas, mais il ne serait pas possible de définir un critère absolu en la matière.

4) Un «système aquifère» est constitué par deux aquifères ou plus qui sont hydrauliquement reliés. Outre ceux qui appartiennent aux mêmes formations géologiques, il pourrait y avoir des aquifères associés à des formations géologiques différentes. Les aquifères pourraient être reliés hydrauliquement verticalement, mais aussi horizontalement. L'expression «hydrauliquement reliés» désigne une relation physique entre deux aquifères ou plus, qui fait qu'un aquifère est capable de transmettre une certaine quantité d'eau aux autres aquifères, et inversement. La quantité d'eau qui peut être transmise est importante, puisqu'une quantité insignifiante ou minimale ne peut pas se traduire par une véritable communication entre masses d'eau. Le critère permettant de déterminer si une quantité est significative est directement lié à la capacité de l'aquifère transmettant l'eau d'exercer un effet sur la quantité et la qualité de cette eau dans les aquifères qui la reçoivent. Il n'est pas possible de formuler des critères généraux et absolus d'un tel effet. Il faut apprécier en chaque cas particulier s'il convient de traiter ces aquifères comme un système pour les gérer correctement.

5) L'alinéa *c* définit les termes «aquifère transfrontière» et «système aquifère transfrontière», qui sont employés dans le projet d'article premier sur le champ d'application comme dans bien d'autres projets d'articles. Ici, l'accent est mis sur l'adjectif «transfrontière». Cet alinéa prévoit que, pour être qualifié «transfrontière», il faut que l'aquifère ou le système aquifère considéré soit réparti entre des États différents. Qu'un aquifère ou un système aquifère soit ou non réparti entre différents États dépend de facteurs physiques. Dans le cas des eaux de surface, l'existence

«Eaux souterraines»: désigne les eaux se trouvant sous la surface du sol dans la zone de saturation qui sont en contact direct avec le sol ou le sous-sol.

de ces facteurs est aisée à établir par la simple observation des cours d'eau et des lacs. Dans celui des eaux souterraines, il faut faire appel à des méthodes plus perfectionnées pour déterminer s'il existe des aquifères transfrontières relevant de la juridiction de tel ou tel État, en procédant à des forages et en faisant appel à des technologies scientifiques comme le traçage isotopique pour définir la limite extérieure des aquifères.

6) L'alinéa *d* définit le terme «État de l'aquifère», qui est employé tout au long du projet d'articles. Une fois établie l'existence d'une partie de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière sur le territoire relevant de la juridiction d'un État déterminé à l'aide des méthodes indiquées ci-dessus au paragraphe 5), cet État est un État de l'aquifère aux fins du projet d'articles.

7) La définition de l'«aquifère alimenté» donnée à l'alinéa *e* est nécessaire parce que les règles applicables à cet aquifère et à l'«aquifère non alimenté» sont différentes. L'eau d'un aquifère alimenté est une ressource renouvelable, alors que celle d'un aquifère non alimenté ne l'est pas. Aux fins de la gestion des aquifères, on entend par aquifères «non alimentés» ceux dont l'alimentation en eau «contemporaine» est «négligeable». Le terme «négligeable» désigne la transmission d'une certaine quantité d'eau. Pour mesurer si cette quantité est «négligeable» ou non, il faut l'apprécier par rapport aux caractéristiques spécifiques de l'aquifère qui la reçoit, et notamment le volume d'eau qui s'y trouve contenu, celui qui s'en déverse (naturellement et artificiellement), celui qui l'alimente, le débit d'alimentation, et ainsi de suite.

8) Le terme «contemporaine» doit s'entendre par commodité d'une période d'environ 100 ans, 50 dans le passé et 50 dans l'avenir. Les scientifiques classent généralement les aquifères situés en zone aride, où les précipitations annuelles sont inférieures à 200 mm, parmi les aquifères non alimentés. Il est possible de vérifier si un aquifère déterminé a été alimenté durant les quelque 50 dernières années à l'aide de traceurs radioactifs. Ces traceurs sont le césium et le tritium issus des essais d'armes nucléaires, avec des injections atteignant un maximum au point 1963/1964, et le krypton provenant des émissions continues de l'industrie nucléaire depuis le milieu des années 50. Ces traceurs flottent dans l'atmosphère depuis 50 ans et peuvent être détectés dans l'aquifère alimenté par les précipitations durant cette période.

9) Les définitions de la «zone de réalimentation» et de la «zone de déversement» figurant aux alinéas *f* et *g* respectivement sont nécessaires à l'application du projet d'article 10. Ces zones

existent dans le cas d'un «aquifère alimenté» et se trouvent situées en dehors de l'aquifère, bien qu'elles lui soient hydrauliquement reliées. La zone de réalimentation apporte de l'eau à un aquifère et comprend la zone où les eaux pluviales s'infiltrent directement dans le sol, la zone de ruissellement superficiel où elles finissent par s'infiltrer dans le sol et la zone non saturée souterraine d'infiltration. La zone de déversement, pour sa part, est celle où l'eau de l'aquifère s'écoule vers son point de sortie, lequel peut être un cours d'eau, un lac, un océan, une oasis ou une zone humide. Ces points de sortie ne font pas partie de la zone de déversement proprement dite.

DEUXIÈME PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3

Souveraineté des États de l'aquifère

Chacun des États de l'aquifère est souverain sur la portion d'un aquifère ou système aquifère transfrontière se trouvant sur son territoire. Il exerce sa souveraineté conformément au présent projet d'articles.

Commentaire

- 1) La nécessité de faire expressément référence sous la forme d'un projet d'article à la souveraineté des États sur les ressources naturelles situées à l'intérieur de leur territoire a été mise en avant par un grand nombre d'États, et en particulier par les États de l'aquifère qui estiment que les ressources en eau appartiennent aux États sur le territoire desquels elles sont situées et qu'elles relèvent de leur souveraineté exclusive. Ils ont aussi indiqué que les eaux souterraines doivent être considérées comme appartenant aux États sur le territoire desquels elles se trouvent situées, comme il en va du pétrole et du gaz. Mention a été faite, à cet égard, de la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1962, intitulée «Souveraineté permanente sur les ressources naturelles». Certains pensaient qu'il suffirait d'y faire référence dans le préambule, mais d'autres considéraient qu'une telle référence ne serait pas souhaitable pour une bonne gestion des aquifères.
- 2) Un grand nombre de traités, d'autres instruments juridiques et d'instruments sans force obligatoire évoquent la souveraineté des États sur les ressources naturelles situées sur leur

territoire⁴⁹¹. La pratique des États connaît en gros deux types de formulation de cette question. Il y a d'un côté la formulation positive, parfois assortie de conditions limitant l'exercice de ce droit souverain. Pour citer un exemple: «Les États ont, conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique en matière d'environnement et de développement, et le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale⁴⁹².». De l'autre côté, on trouve la clause de sauvegarde ou formule de réserve du genre «aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte au droit souverain des États d'exploiter, de mettre en valeur et de gérer leurs ressources naturelles⁴⁹³.».

-
- ⁴⁹¹ 1) Traités évoquant le principe dans le préambule: Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone (1985); Accord sur la qualité de l'air (Canada-États-Unis) (1991); Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992); Convention sur la diversité biologique (1992); Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (1994); Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003).
- 2) Traités évoquant le principe dans leurs dispositions: Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (1978); Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981); Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1982); Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement dans la région du Pacifique Sud (1986); 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 (1995); Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux; Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003).
- 3) Instruments internationaux sans force obligatoire évoquant le principe: Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-troisième session en 2001); Action concertée en vue du développement économique des pays économiquement peu développés, résolution 1515 (XV) de l'Assemblée générale (1960); Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale (1962); Déclaration de Stockholm (Déclaration des Nations Unies sur l'environnement) (1972); Charte des droits et devoirs économiques des États, résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale (1974); Déclaration sur le droit au développement, résolution 41/128 de l'Assemblée générale (1986); Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992).
- 4) Autres traités connexes: Accord de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE), relatif à la conservation de la nature et des ressources naturelles (1985, non en vigueur) [Traités mentionnant la notion de droit des peuples sur les ressources naturelles] Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966); Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966); Charte africaine (de Banjul) des droits de l'homme et des peuples (1981).

⁴⁹² Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003).

⁴⁹³ Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud (1986).

3) Le projet d'article 3 retient la formulation positive, et c'est un texte bien équilibré. Les deux phrases dont il se compose sont nécessaires pour préserver cet équilibre. En substance, chaque État de l'aquifère est souverain sur l'aquifère ou le système aquifère transfrontière pour autant que celui-ci se trouve situé sur son territoire. Il est entendu également que le présent projet d'articles ne couvre pas toutes les limites imposées par le droit international à l'exercice de la souveraineté. Aussi devra-t-il être interprété et appliqué dans le contexte du droit international général.

Article 4

Utilisation équitable et raisonnable

Les États de l'aquifère utilisent un aquifère ou système aquifère transfrontière selon le principe de l'utilisation équitable et raisonnable, comme suit:

- a) ils utilisent l'aquifère ou le système aquifère transfrontière d'une façon qui soit compatible avec une répartition équitable et raisonnable entre les États de l'aquifère concernés des avantages en découlant;
- b) ils cherchent à maximiser les avantages qui seront tirés sur le long terme de l'utilisation de l'eau qui y est contenue;
- c) ils établissent individuellement ou conjointement un plan global d'utilisation, en tenant compte des besoins présents et futurs en eau et des autres ressources possibles en eau des États de l'aquifère;
- d) ils n'utilisent pas un aquifère ou système aquifère transfrontière alimenté à un niveau susceptible d'empêcher l'aquifère ou le système aquifère de continuer à fonctionner effectivement.

Commentaire

1) Les aquifères transfrontières sont des ressources naturelles partagées. On peut diviser l'utilisation de l'aquifère en deux catégories, puisque l'aquifère comprend une formation géologique et l'eau qui s'y trouve contenue. L'utilisation de l'eau est très courante, et cette eau sert surtout à la satisfaction de besoins vitaux comme la boisson, mais aussi à l'assainissement, l'irrigation et l'activité industrielle. L'utilisation de la formation géologique est assez rare. L'exemple typique est la réalimentation artificielle de l'aquifère franco-suisse du Genevois qui fait appel aux eaux de l'Arve. Le traitement de l'eau est ainsi moins coûteux que la construction d'installations à cet effet et permet de produire une eau de grande qualité.

2) Le principe fondamental applicable à l'utilisation de ressources naturelles partagées est que celle-ci soit équitable et raisonnable. Il est consacré par de nombreux régimes juridiques comme les traités relatifs à l'eau et les conventions concernant la pêche en haute mer. Si les notions d'utilisation équitable et d'utilisation raisonnable sont différentes, elles n'en sont pas moins intimement liées et souvent combinées dans divers régimes juridiques⁴⁹⁴. Le texte introductif du projet d'article 4 énonce ce principe, dont les différents alinéas développent la signification.

3) L'alinéa *a* explique que l'utilisation équitable et raisonnable de l'aquifère transfrontière doit aboutir à une répartition équitable des avantages à en tirer entre les États qui partagent l'aquifère. Il est entendu que les termes «équitable» et «égal» n'ont pas le même champ sémantique.

4) Les alinéas *b* à *d* visent surtout l'utilisation raisonnable. Dans divers régimes juridiques concernant les ressources naturelles renouvelables, «l'utilisation raisonnable» est souvent définie comme «durable» ou «optimale». Cette doctrine repose sur une définition scientifique bien établie selon laquelle il faut s'attacher, en se fondant sur les données scientifiques les plus fiables dont on dispose, à maintenir ou rétablir les ressources exploitées à des niveaux qui assurent le rendement constant maximal⁴⁹⁵. Pour parler clairement, elle exige que des mesures soient prises pour préserver les ressources à perpétuité. Dans le cas de la Convention de 1997 sur les cours d'eau, il s'agissait d'une ressource en eau renouvelable réalimentée en quantités substantielles. L'utilisation durable était donc pleinement applicable. Pour les aquifères, la situation est entièrement différente: les eaux d'un aquifère non alimenté ne sont pas une ressource renouvelable. Toute exploitation de cette ressource aboutit à l'épuisement. À la différence de l'eau d'un aquifère alimenté, qui est renouvelable, la quantité d'eau d'alimentation est d'ordinaire extrêmement faible par comparaison avec l'énorme quantité d'eau emmagasinée dans l'aquifère sur des milliers d'années. Limiter l'exploitation de ces eaux au niveau d'alimentation reviendrait à proscrire l'utilisation des aquifères même alimentés.

5) Les alinéas *b* et *c* s'appliquent aux ressources tant renouvelables que non renouvelables de l'aquifère (alimenté ou non alimenté). Il n'est pas justifié dans le cas de l'aquifère de poser expressément la notion de «durabilité». Elle est remplacée par l'idée de maximiser les

⁴⁹⁴ Voir, par exemple, la Convention de 1997 sur les cours d'eau, art. 5, par. 1.

⁴⁹⁵ Voir la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 118.

«avantages sur le long terme». L'expression «maximiser les avantages qui seront tirés sur le long terme» désigne le fait de conserver certains avantages durant une longue période, étant entendu que l'utilisation ne peut pas être maintenue indéfiniment. Il faut éviter le gaspillage, et les avantages pourraient être mieux partagés entre générations. Les dispositions n'indiquent pas pour autant d'obligation de maintenir la ressource souterraine ou le volume de l'eau contenue dans l'aquifère à un certain niveau minimal ou au-dessus. Elles traduisent plutôt un processus de décision conscient, consistant à déterminer ce qui constitue un avantage, quels sont les avantages souhaitables, de combien d'avantages il faudrait jouir et durant combien de temps. Ces décisions appartiennent entièrement aux États de l'aquifère concernés. Si l'on veut maximiser les avantages sur le long terme, il faut au préalable s'être doté d'un plan global d'utilisation. Partant, il est prescrit aux États d'établir un plan convenable, de préférence conjointement avec les autres États concernés, en fonction de la durée de vie convenue de l'aquifère. Cela dit, la mention «individuellement ou conjointement» a été ajoutée pour signifier l'importance d'un plan d'ensemble préalable, tout en soulignant que ce plan n'a pas nécessairement à être le fruit d'une action concertée des États de l'aquifère concernés. Dans certaines circonstances, un épuisement maîtrisé et programmé pourrait être envisagé.

6) Pour l'aquifère alimenté, il est souhaitable de prévoir une utilisation s'étendant sur une durée beaucoup plus longue que dans le cas d'un aquifère non alimenté. Toutefois, il n'est pas forcément obligatoire de limiter le niveau d'utilisation au niveau d'alimentation. L'alinéa *d* prévoit qu'aucune utilisation de cet aquifère ne devrait détruire en permanence sa capacité de fonctionner comme tel.

7) Le paragraphe 2 de l'article 5, comparable, de la Convention de 1997 sur les cours d'eau prévoit un autre principe de participation équitable et raisonnable⁴⁹⁶ des États du cours d'eau, qui recouvre à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur. Ce principe n'a pas été retenu ici, car c'est sur lui que reposent fondamentalement les dispositions relatives à la coopération internationale qui seront formulées plus loin dans le projet d'articles⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Voir les paragraphes 5 et 6 du commentaire à l'article 5 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau; *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 103.

⁴⁹⁷ Projets d'articles 7 à 18.

Article 5

Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable

1. L'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière de manière équitable et raisonnable, au sens du projet d'article 4, implique la prise en considération de tous les facteurs pertinents, notamment:

- a) la population tributaire de l'aquifère ou du système aquifère dans chaque État de l'aquifère;
- b) les besoins économiques, sociaux et autres, présents et futurs, des États de l'aquifère concernés;
- c) les caractéristiques naturelles de l'aquifère ou du système aquifère;
- d) la contribution à la formation et à l'alimentation de l'aquifère ou du système aquifère;
- e) l'utilisation actuelle et potentielle de l'aquifère ou du système aquifère;
- f) les effets de l'utilisation de l'aquifère ou du système aquifère dans un État de l'aquifère sur d'autres États de l'aquifère;
- g) l'existence d'autres solutions pour remplacer une utilisation particulière actuelle ou projetée de l'aquifère ou du système aquifère;
- h) la mise en valeur, la protection et la conservation de l'aquifère ou du système aquifère et le coût des mesures à prendre à cet effet;
- i) le rôle de l'aquifère ou du système aquifère dans l'écosystème correspondant.

2. Le poids à accorder à chaque facteur doit être déterminé en fonction de son importance pour l'aquifère ou le système aquifère transfrontière, par rapport à celle des autres facteurs pertinents. Pour déterminer ce qui est une utilisation équitable et raisonnable, il faut que tous les facteurs pertinents soient considérés ensemble et que la conclusion soit tirée sur la base de tous les facteurs. Toutefois, pour évaluer les différentes utilisations d'un aquifère ou système aquifère les unes par rapport aux autres, il doit être spécialement tenu compte des besoins humains vitaux.

Commentaire

1) Le projet d'article 5 énumère les facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a utilisation équitable et raisonnable, au sens du projet d'article 4. Ces «facteurs» englobent des «circonstances», et ils seront replacés dans le contexte des circonstances entourant chaque cas d'espèce. Il s'agit là d'une liste non exhaustive et qui ne repose sur aucun ordre de priorité particulier. Les règles de l'utilisation équitable et raisonnable sont nécessairement générales et

souples et exigent, pour être correctement appliquées, que les États de l'aquifère tiennent compte des circonstances et facteurs concrets afférents aux ressources ainsi que des besoins des États de l'aquifère concernés. Ce qui est une utilisation équitable et raisonnable dans tel ou tel cas dépendra du poids à accorder à tous les facteurs et circonstances pertinents. Ce projet d'article reprend à peu de chose près l'article 6 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau.

2) L'alinéa *c* mentionne les «caractéristiques naturelles», au lieu d'énumérer les facteurs naturels qui caractérisent les aquifères. Cela s'explique parce qu'il convient de tenir compte des facteurs naturels, non pas un par un mais en tant que caractéristiques des aquifères. Ces caractéristiques naturelles sont les caractéristiques qui définissent et distinguent l'aquifère considéré. Si l'on envisage un système, on peut distinguer trois catégories de caractéristiques naturelles: les variables d'entrée, les variables de sortie et les variables de système. Les variables d'entrée sont liées à la réalimentation des eaux souterraines par les précipitations, les eaux fluviales et les lacs. Les variables de sortie sont liées au déversement des eaux souterraines dans les sources et cours d'eau. Les variables de système ont trait à la conductivité (la perméabilité) de l'aquifère et à son aptitude au stockage, qui décrivent l'état du système. Ce sont des caractéristiques de distribution de niveau des eaux souterraines et des caractéristiques de l'eau comme la température, la dureté, le pH (acidité et alcalinité), l'électroconductivité et la teneur totale en sels dissous. Prises ensemble, les trois catégories de variables décrivent les caractéristiques de l'aquifère sur le plan quantitatif, qualitatif et dynamique. En fait, ces caractéristiques sont identiques à celles qui sont indiquées au paragraphe 1 du projet d'article 8, relatif à l'échange régulier de données et informations.

3) L'alinéa *g* porte sur le point de savoir s'il existe d'autres solutions pour remplacer une utilisation particulière, projetée ou actuelle, d'un aquifère. En pratique, une solution de recharge consisterait en une autre source d'approvisionnement en eau, et les facteurs prépondérants seraient une viabilité, des possibilités de réalisation et un rapport coût-efficacité comparables à l'utilisation projetée ou en cours de l'aquifère. Pour chacune des solutions de recharge, il faut procéder à une analyse de coût-avantages. Outre la faisabilité et la durabilité, leur viabilité jouerait un rôle important dans l'analyse. Une solution de recharge durable pourrait, par exemple, être considérée comme préférable du point de vue du taux de réalimentation de l'aquifère et du taux de déversement, mais comme moins viable qu'une formule d'épuisement maîtrisé.

4) Aux alinéas *d* et *i* figurent des facteurs qui viennent s'ajouter à ceux qui sont énumérés dans la Convention de 1997 sur les cours d'eau. La contribution à la formation et à l'alimentation de l'aquifère ou du système aquifère de l'alinéa *d* correspond à l'ampleur relative de l'aquifère dans chacun des États de l'aquifère et à l'importance relative du processus de réalimentation dans chacun des États abritant la zone de réalimentation. Le rôle de l'aquifère dans l'écosystème correspondant, qui figure à l'alinéa *i* du paragraphe 1, est un facteur nécessairement pertinent, en particulier pour une utilisation raisonnable. Par «rôle» il faut comprendre les diverses fonctions téléologiques que remplit un aquifère dans un écosystème correspondant. Cela pourrait être une considération à retenir, surtout dans les régions arides. Le terme «écosystème» s'emploie dans des sens différents au sein de la communauté scientifique. Il faut envisager l'expression «écosystème correspondant» conjointement avec les «écosystèmes» du projet d'article 9. Cette disposition renvoie à un écosystème tributaire d'aquifères ou des eaux souterraines emmagasinées dans des aquifères. Un tel écosystème peut exister à l'intérieur d'aquifères tels que les aquifères karstiques et être tributaire de leur fonctionnement pour sa propre survie. Un écosystème correspondant peut aussi exister en dehors d'un aquifère mais en être tributaire pour un certain volume ou une certaine qualité d'eaux souterraines. Dans certains lacs, par exemple, un écosystème est tributaire des aquifères. Il peut y avoir un système d'écoulement des eaux souterraines complexe associé à un lac. Certains lacs reçoivent des apports d'eau souterraine sur la totalité de leur lit. D'autres subissent des pertes par infiltration dans l'aquifère sur la totalité de leur lit. D'autres encore reçoivent des apports d'eau souterraine par une partie de leur lit et subissent des pertes d'infiltration au profit des aquifères par d'autres parties. L'abaissement des niveaux de l'eau des lacs par suite du pompage d'eaux souterraines peut porter atteinte aux écosystèmes que les lacs entretiennent. La réduction des déversements d'eaux souterraines dans le lac rejaille très sensiblement sur l'apport de produits chimiques dissous dont ceux-ci peuvent être la principale source, même dans les cas où ils représentent une faible partie du bilan hydrique du lac, et risque d'aboutir à une altération d'éléments constitutifs clefs de ce lac comme les nutriments et l'oxygène dissous.

5) Le texte des deux premières phrases du paragraphe 2 avait été formulé au cours de la dernière phase de la négociation de la Convention de 1997 sur les cours d'eau. Il précise que tous les facteurs pertinents doivent être considérés ensemble et que la conclusion doit être tirée sur la base de la totalité d'entre eux. Il n'en reste pas moins que le poids à accorder aux différents facteurs, ainsi que leur pertinence, varient nécessairement selon les circonstances. Par ailleurs,

une attention particulière devrait être accordée à l'eau de boisson et aux autres éléments répondant aux besoins humains fondamentaux. L'indication, dans la dernière phrase du paragraphe 2, qu'il doit être spécialement tenu compte des besoins humains vitaux vise à répondre à ce souci. Il peut y avoir une multitude d'utilisations différentes de l'eau d'un aquifère, surtout dans les régions arides ou semi-arides où l'aquifère est la seule source d'eau: boisson, agriculture, industrie, besoins domestiques et entretien des écosystèmes terrestres et aquatiques. En cas de conflit entre différentes utilisations, il conviendrait de le régler en se fondant sur le principe de l'utilisation équitable. Pour ce faire il doit être spécialement tenu compte de la notion de «besoins humains vitaux». Au cours de l'élaboration de la Convention de 1997, le Président du Groupe de travail plénier a relevé cette déclaration: «pour déterminer les “besoins humains vitaux”, il faut accorder une attention spéciale à la nécessité de fournir de l'eau en quantité suffisante pour la vie humaine, qu'il s'agisse d'eau de boisson ou d'eau destinée à la production des aliments voulus pour empêcher la famine». Cette déclaration paraît plus précise et plus restrictive que d'autres définitions⁴⁹⁸.

Article 6

Obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres États de l'aquifère

1. Lorsqu'ils utilisent un aquifère ou système aquifère sur leur territoire, les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommage significatif aux autres États de l'aquifère.
2. Lorsqu'ils mènent des activités autres que l'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière qui ont, ou peuvent avoir, un impact sur cet aquifère ou ce système aquifère transfrontière, les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour éviter de causer un dommage significatif aux autres États de l'aquifère par l'intermédiaire dudit aquifère ou système aquifère.
3. Lorsqu'un dommage significatif est néanmoins causé à un autre État de l'aquifère, les États dont les activités ont causé ce dommage prennent, en consultation avec l'État touché, toutes les mesures appropriées pour l'éliminer ou l'atténuer en tenant compte comme il se doit des dispositions des projets d'articles 4 et 5.

⁴⁹⁸ L'expression «besoins vitaux de l'homme» désigne les eaux utiles à la survie immédiate des êtres humains, notamment les eaux de boisson, de cuisine et d'hygiène ainsi que l'eau nécessaire à la subsistance du foyer, art. 3, par. 20, des Règles de Berlin de l'Association de droit international relatives aux ressources en eau, 2004.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 6 a trait à une autre obligation fondamentale des États de l'aquifère, celle de ne pas causer de dommage aux autres États de l'aquifère. Il vise les questions que pose le dommage significatif causé par l'utilisation et le dommage significatif causé par les activités autres que l'utilisation envisagées au projet d'article premier, ainsi que les questions d'élimination et d'atténuation du dommage significatif survenu bien que la diligence voulue ait été exercée pour l'empêcher.
- 2) L'adage latin *sic utere tuo ut alienum non laedas* (use de ton propre bien de manière à ne pas porter atteinte au bien d'autrui) est le principe établi de la responsabilité internationale. L'obligation que renferme ce projet d'article est celle de «pren[dre] toutes les mesures appropriées». En substance, c'est la même que l'obligation de faire preuve de la «diligence voulue». Le passage de «la diligence voulue» à «toutes les mesures appropriées» s'est opéré au cours de la dernière phase de la négociation de la Convention de 1997 sur les cours d'eau. C'est une obligation de moyens et de non de résultat. Un État de l'aquifère n'aura manqué à cette obligation que s'il a intentionnellement ou par négligence provoqué l'événement qu'il faut prévenir, ou s'il n'a pas, intentionnellement ou par négligence, empêché d'autres personnes sur son territoire de provoquer cet événement ou s'est abstenu d'y mettre fin. Dans le cas du paragraphe 1, il est implicite que le dommage est causé aux autres États par l'intermédiaire de l'aquifère transfrontière. Au paragraphe 2, il est expressément indiqué que le projet d'article ne s'applique qu'au dommage qui serait causé aux autres États «par l'intermédiaire de cet aquifère ou ce système aquifère».
- 3) Le débat n'est pas clos sur le point de savoir si le seuil du «dommage significatif» convient à une ressource naturelle aussi fragile que les aquifères. Suivant un avis très souvent exprimé, un seuil plus faible que le dommage «significatif» s'impose pour les aquifères, qui sont plus fragiles et, une fois pollués, mettent plus de temps à se nettoyer que les eaux fluviales superficielles. La Commission avait abondamment étudié cette question du seuil dans ses travaux antérieurs de codification sur la «Convention de 1997 sur les cours d'eau» et la «Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses», dans le cadre du sujet «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international», et avait arrêté sa position sur le seuil du «dommage significatif».

4) Au cours de l'élaboration du projet de convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, le Président du Groupe de travail plénier avait pris note des déclarations d'interprétation sur les textes de la Convention. Au sujet du terme «significatif», l'accord enregistré était le suivant: «le mot “significatif” n'est pas employé dans le présent article ni dans aucune autre disposition de la présente Convention dans le sens de “considérable”. Ce qu'il faut éviter, ce sont les accords localisés ou les accords concernant un projet ou un programme particulier ou une utilisation particulière qui portent atteinte de façon significative à l'utilisation des eaux par des États tiers du cours d'eau. Bien qu'un tel effet doive pouvoir être établi par des constatations objectives et ne doive pas être par nature négligeable, il n'est pas nécessaire qu'il atteigne un degré considérable⁴⁹⁹». Le seuil du «dommage significatif» est une notion souple et relative et il peut aussi très bien servir pour les aquifères. Même lorsqu'un aquifère est contaminé par une faible quantité de polluant, on pourrait considérer le dommage ainsi subi comme significatif si la contamination fait longtemps sentir des effets durables, alors que la contamination d'un cours d'eau par la même quantité de polluant ne serait peut-être pas considérée comme significative.

5) Ce projet d'article est censé viser les activités menées par un État sur son propre territoire. Le scénario d'un État de l'aquifère causant un dommage à un autre État par l'intermédiaire de l'aquifère en menant des activités en dehors de son territoire a paru peu probable mais n'est pas écartés.

6) Le paragraphe 3 a trait à l'éventualité d'un dommage significatif qui se produit même si toutes les mesures appropriées ont été prises. La mention des «activités», dans ce paragraphe, recouvre à la fois «l'utilisation» et les «activités autres» des paragraphes 1 et 2, respectivement. Cette éventualité est possible parce que les activités risquent de causer un dommage et que ce risque ne peut pas être éliminé. La mention de la question de l'indemnisation qui figure à l'article correspondant de la Convention de 1997 sur les cours d'eau n'a pas été retenue ici. La Commission a décidé de ne pas traiter dans ce projet d'articles la question de l'indemnisation en cas de dommage survenu malgré les mesures prises pour l'éviter. La question est régie par d'autres règles du droit international, dont le projet de principes sur la responsabilité, et n'appelle pas de traitement spécial pour les aquifères transfrontières.

⁴⁹⁹ Voir A/51/869.

Article 7

Obligation générale de coopérer

1. Les États de l'aquifère coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, du développement durable, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à une utilisation équitable et raisonnable et à une protection appropriée de leur aquifère ou système aquifère transfrontière.
2. Aux fins du paragraphe 1, les États de l'aquifère devraient établir des mécanismes conjoints de coopération.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 7 pose le principe d'une obligation générale des États de l'aquifère de coopérer et envisage des procédures aux fins de cette coopération. La coopération entre États de l'aquifère est la condition préalable du respect des obligations tout au long du projet d'articles. L'importance de l'obligation de coopérer est indiquée dans le Principe 24 de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement (1972). Son importance dans le cas du présent sujet a été confirmée en 1977 dans le Plan d'action de Mar del Plata, issu de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, et en 1992, au chapitre 18, intitulé «Protection des ressources en eau douce et de leur qualité: application d'approches intégrées de la mise en valeur, de la gestion et de l'utilisation des ressources en eau», du programme Action 21 adopté à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Divers instruments internationaux relatifs aux eaux de surface et aux eaux souterraines exigent une coopération entre les parties pour la protection, la préservation et la gestion des aquifères transfrontières⁵⁰⁰.
- 2) Le paragraphe 1 définit les bases et les objectifs de cette coopération et reprend à peu près le texte de l'article 8 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau. Pour quelques membres de la Commission, on peut encore se demander si les principes de «l'égalité souveraine» et «l'intégrité territoriale» ne seraient pas mieux à leur place ailleurs dans le projet d'articles que dans le contexte de la disposition relative à la coopération. Le principe du «développement

⁵⁰⁰ Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est relatif à la conservation de la nature et des ressources naturelles (1985), Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992), Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (1999), Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube (1994), Convention pour la protection du Rhin (1999), Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003), Convention-cadre sur la protection et le développement durable des Carpates (2003), Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003) et Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003).

durable» a été retenu comme principe général à prendre aussi en considération, en sus du texte de la Convention de 1997. Ce terme désigne le principe général du développement durable, et il convient de le distinguer de la notion d'«utilisation durable»⁵⁰¹.

3) Le paragraphe 2 envisage l'établissement de «mécanismes conjoints de coopération», ce qui renvoie à des instruments de décision mutuellement acceptables entre États de l'aquifère. En pratique, cela signifie la création, par les États de l'aquifère concernés, d'une commission, autorité ou autre institution pour remplir une mission spécifiée. Ce serait à ces États de fixer les compétences d'un tel organe. Les objectifs auxquels répondrait la création d'un tel mécanisme sont de coopérer dans la prise de décisions, de coordonner les activités et d'éviter, autant que possible, les différends entre États de l'aquifère.

4) L'Europe a une longue histoire de commissions internationales des cours d'eau telles que la Commission internationale pour la protection du Rhin, la Commission Maas, la Commission du Danube, et bien d'autres. Au sein de ces commissions, ou en étroite coopération avec elles, fonctionnent des commissions transfrontalières bilatérales comme la Commission transfrontalière germano-néerlandaise permanente sur l'eau. Les commissions existantes s'occupent avant tout des eaux superficielles. La Directive-cadre de l'UE sur l'eau (2000/60/EC)⁵⁰² est mise en œuvre essentiellement par l'intermédiaire de commissions de délimitation et de surveillance. À l'avenir, ces commissions seront également chargées de la gestion des aquifères transfrontières⁵⁰³. Dans d'autres régions du monde, on s'attend aussi à voir les organisations régionales intervenir en faveur de l'établissement de mécanismes semblables

⁵⁰¹ Voir le paragraphe 4 du commentaire au projet d'article 4.

⁵⁰² La Directive 2000/60/EC du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau a été adoptée en octobre 2000.

⁵⁰³ La Directive-cadre de l'UE sur l'eau fait obligation aux États membres de mettre en place un plan de gestion. Voir également les directives 2 et 8 des *Guidelines on Monitoring and Assessment of Groundwaters*, de la Commission économique pour l'Europe (2000).

à ces commissions mixtes⁵⁰⁴. On notera d'ailleurs qu'il existe un grand nombre de ces mécanismes établis par les administrations locales le long des frontières⁵⁰⁵.

Article 8

Échange régulier de données et informations

1. En application du projet d'article 7, les États de l'aquifère échangent régulièrement les données et informations aisément disponibles sur l'état de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière, en particulier celles qui sont d'ordre géologique, hydrogéologique, hydrologique, météorologique et écologique et celles qui concernent l'hydrochimie de l'aquifère ou du système aquifère, ainsi que les prévisions qui s'y rapportent.
2. Lorsque les connaissances concernant la nature et l'étendue de certains aquifères ou systèmes aquifères sont insuffisantes, les États de l'aquifère concernés s'emploient de leur mieux à collecter et à produire des données et informations plus complètes au sujet des aquifères ou systèmes aquifères en question, compte tenu des pratiques et normes existantes. Ces États prennent de telles mesures individuellement ou conjointement et, le cas échéant, de concert avec des organisations internationales ou par leur entremise.
3. Si un État de l'aquifère se voit demander, par un autre État de l'aquifère, de fournir des données et informations relatives à l'aquifère ou au système aquifère qui ne sont pas aisément disponibles, il s'emploie de son mieux à satisfaire à cette demande. L'État auquel la demande est adressée peut poser comme condition le paiement par l'État demandeur des frais raisonnablement exposés pour la collecte et, le cas échéant, le traitement de ces données ou informations.
4. Les États de l'aquifère s'emploient de leur mieux, le cas échéant, à collecter et à traiter les données et informations d'une manière propre à en faciliter l'utilisation par les autres États de l'aquifère auxquels elles sont communiquées.

Commentaire

1) L'échange régulier de données et informations est la première étape de la coopération entre États de l'aquifère. Le texte de l'article 9 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau a été revu pour correspondre aux caractéristiques spéciales des aquifères. Le paragraphe 2, en particulier, est une adjonction qui s'explique par le niveau insuffisant des données scientifiques dans le cas

⁵⁰⁴ Union africaine: article VII-Eau, par. 3 de la Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (Maputo, 11 juillet 2003) et Communauté de développement de l'Afrique australe: art. 5-Cadre institutionnel pour la mise en œuvre du Protocole révisé sur les réseaux hydrographiques partagés dans la Communauté de développement de l'Afrique australe (Windhoek, 7 août 2000).

⁵⁰⁵ Commission franco-suisse de l'aquifère genevois, créée par le Canton de Genève et la Préfecture de la Haute-Savoie (Commission internationale pour la protection des eaux du Léman – (CIPEL)), et Memorandum of Agreement Related to Referral of Water Right Applications (10 octobre 1996) – Appendix to British Columbia/Washington Memorandum of Understanding (12 avril 1996).

de certains aquifères. Il y a plusieurs étapes prévues pour les échanges de données et informations tout au long du projet d'articles. Dans ce projet d'article, ces données et informations ne concernent que l'état des aquifères. Elles comprennent non seulement les statistiques brutes, mais encore les résultats de la recherche et des analyses. Celles qui concernent la surveillance, l'utilisation des aquifères, les autres activités qui affectent ces derniers et l'impact qu'elles ont sur eux sont traitées dans la suite du projet d'articles, notamment aux projets d'articles 12, 13 et 14.

2) Le projet d'article 8 énonce les conditions générales et minimales prescrites pour l'échange entre les États de l'aquifère des données et informations nécessaires pour assurer l'utilisation équitable et raisonnable des aquifères transfrontières. Les États de l'aquifère ont besoin de données et informations sur l'état de l'aquifère considéré pour appliquer le projet d'article 5, qui leur demande de tenir compte de «tous les facteurs pertinents» et circonstances pertinentes pour s'acquitter de l'obligation d'une utilisation équitable et raisonnable posée par le projet d'article 4. Les règles que renferme le projet d'article 8 sont supplétives. Elles s'appliquent en l'absence de réglementation expressément arrêtée de la question et sans préjudice de celle qui serait établie par l'arrangement conclu entre les États concernés pour l'aquifère transfrontière considéré. De fait, les États de l'aquifère ont manifestement besoin de conclure de tels accords entre eux en vue de prévoir, entre autres choses, la collecte et l'échange de données et d'informations en fonction des caractéristiques de cet aquifère.

3) La prescription du paragraphe 1 exigeant que des données et informations soient régulièrement échangées est destinée à faire en sorte que les États de l'aquifère connaissent les faits requis pour pouvoir s'acquitter des obligations que leur imposent les projets d'articles 4, 5 et 6. Pour cet échange «régulier», le paragraphe 1 prévoit un processus permanent et systématique, par opposition à la fourniture ponctuelle d'informations comme celles qui concernent les activités projetées, envisagée par le projet d'article 14. Il veut que les États de l'aquifère échangent des données et informations qui sont «aisément disponibles». Cette expression sert ici à indiquer que l'État de l'aquifère n'est tenu de fournir, à titre d'obligation générale, que les données et informations dont il peut aisément disposer, parce qu'il les a déjà recueillies pour son propre usage ou qu'elles sont facilement accessibles, par exemple. Que des données et informations soient «aisément» accessibles dans tel ou tel cas d'espèce dépendrait d'une évaluation objective de facteurs tels que les efforts et le coût qu'entraînerait leur

communication, compte tenu des ressources humaines, techniques, financières et autres requises de l'État de l'aquifère auquel elles seraient demandées. Le terme «aisément», tel qu'il est employé aux paragraphes 1 et 3, est donc en quelque sorte un terme technique, dont le sens correspond en gros à l'expression «à la lumière de toutes les circonstances pertinentes», ou au mot «faisable», plutôt qu'à «rationnellement» ou «logiquement», par exemple. L'importance de l'échange de données et informations est indiquée dans toutes sortes d'accords très divers⁵⁰⁶.

4) Au paragraphe 1, le membre de phrase «en particulier celles qui sont d'ordre géologique, hydrogéologique, hydrologique, météorologique et écologique et celles qui concernent l'hydrochimie de l'aquifère ou du système aquifère» se rapporte aux données et informations qui définissent et distinguent les caractéristiques de l'aquifère. La «géologie» décrit l'âge, la composition et la structure de la matrice de l'aquifère. «L'hydrogéologie» indique l'aptitude de l'aquifère à emmagasiner, transmettre et déverser des eaux souterraines. «L'hydrologie» décrit les éléments du cycle de l'eau autres que les eaux souterraines, et au premier chef les précipitations et les eaux superficielles, qui sont importants pour la réalimentation de l'aquifère, son régime, le stockage et le déversement. La précipitation efficace est la partie de la précipitation qui pénètre dans l'aquifère. En d'autres termes, c'est la précipitation totale diminuée de l'évaporation, de l'écoulement superficiel et de la végétation. La «météorologie» fournit des données sur les précipitations, la température et l'humidité, qui sont nécessaires pour calculer l'évaporation, «l'écologie» en donne sur les plantes, qui sont nécessaires pour calculer leur transpiration, et «l'hydrochimie», sur la composition chimique de l'eau, qui sont nécessaires pour définir la qualité de cette eau. Les États de l'aquifère sont tenus en vertu du paragraphe 1 d'échanger des données et informations non seulement sur l'état actuel de l'aquifère, mais encore sur les prévisions y afférentes. Les prévisions envisagées auraient trait à des éléments tels que les situations météorologiques et leurs effets possibles sur les niveaux et l'écoulement

⁵⁰⁶ Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992), Programme en vue de l'élaboration d'une stratégie régionale pour l'utilisation du système aquifère gréseux nubien (2000), Convention-cadre sur la protection et le développement durable des Carpates (2003), Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003), Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube (1994), Accord tripartite provisoire entre la République du Mozambique, la République d'Afrique du Sud et le Royaume du Swaziland relatif à la coopération pour la protection et l'utilisation durable des eaux de l'Incomati et du Maputo (2002), Accord-cadre international sur le bassin de la Save (2002), Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika, Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003), Accord supplémentaire modifiant l'Accord de 1978 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs (1983) et Accord de coopération pour la protection des eaux et l'aménagement hydraulique durable des bassins hydrographiques hispano-portugais (1998).

de l'eau, le débit d'alimentation et de déversement, la formation prévisible de glace, les effets possibles à long terme de l'utilisation actuelle et l'état ou le déplacement des ressources biologiques. La prescription du paragraphe 1 s'applique même dans les cas relativement rares où un État de l'aquifère n'utilise pas, ou ne compte pas utiliser, l'aquifère transfrontière.

5) Le paragraphe 2 exige des États de l'aquifère qu'ils tiennent dûment compte des incertitudes qui subsistent à propos des aquifères transfrontières. L'une des raisons pour lesquelles il est difficile de réaliser une coopération internationale effective en matière de ressources naturelles partagées réside dans l'absence de certitudes scientifiques au sujet de ces aquifères. Les États de l'aquifère sont tenus de coopérer entre eux ou avec les organisations internationales compétentes en vue de recueillir de nouvelles données et informations et de les mettre à la disposition des autres États de l'aquifère. La notion de «production» de données comporte le traitement des données brutes qui les transforme en information utilisable. Dans le cadre du Programme hydrologique international (PHI) de l'UNESCO, des données et informations fiables sont établies à l'échelle mondiale, y compris sur la localisation et les caractéristiques des aquifères, et mises ensuite à la disposition des experts, spécialistes scientifiques et administrateurs, des aquifères.

6) Le paragraphe 3 a trait aux demandes de données ou d'informations qui ne sont pas aisément disponibles dans l'État auquel elles sont demandées. En pareils cas, l'État en question doit «s'employer de son mieux» à satisfaire à cette demande. C'est agir de bonne foi et dans un esprit de coopération que de tâcher de communiquer les données ou informations recherchées par l'État de l'aquifère qui les demande. À défaut d'accord contraire, les États de l'aquifère ne sont pas tenus de traiter les données et informations qui doivent être échangées. En vertu du paragraphe 3 du projet d'article 8, toutefois, ils doivent faire de leur mieux pour répondre à la demande qui leur est adressée, mais ils peuvent en subordonner l'exécution au paiement par l'État demandeur des frais raisonnables de la collecte et, s'il y a lieu, du traitement de ces données. L'expression «le cas échéant» sert à ménager une certaine souplesse, qui est nécessaire pour plusieurs raisons. Dans certains cas, il ne sera sans doute pas nécessaire de traiter les données et informations pour les rendre utilisables pour un autre État. Dans d'autres, leur traitement s'imposera pour faire en sorte que ces matériaux puissent être utilisés par d'autres États, mais cela risque d'entraîner une charge trop lourde pour l'État qui les fournit.

7) Pour que les données et informations soient utiles en pratique aux États de l'aquifère, il faut qu'elles se présentent sous une forme qui les rende aisément utilisables. C'est pourquoi le paragraphe 4 exige des États de l'aquifère qu'ils «s'emploient de leur mieux à collecter et traiter les données et informations d'une manière propre à en faciliter l'utilisation» par les autres États de l'aquifère.

TROISIÈME PARTIE

PROTECTION, PRÉSERVATION ET GESTION

Article 9

Protection et préservation des écosystèmes

Les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour protéger et préserver les écosystèmes qui sont situés à l'intérieur, ou sont tributaires, de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, notamment des mesures pour veiller à ce que la qualité et la quantité de l'eau qui est contenue dans l'aquifère ou le système aquifère, ainsi que de celle qui s'écoule dans ses zones de déversement, soient suffisantes pour protéger et préserver ces écosystèmes.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 9 introduit la Troisième partie en posant une obligation générale de protéger et préserver les écosystèmes qui se trouvent à l'intérieur d'un aquifère transfrontière, mais aussi les écosystèmes extérieurs qui en sont tributaires, en veillant à ce que l'eau déversée soit d'une qualité adéquate et présente en quantité suffisante. À l'instar de l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de l'article 20 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau, le projet d'article 9 prévoit une double obligation, de protection et de préservation, à l'endroit des «écosystèmes» situés à l'intérieur et à l'extérieur des aquifères transfrontières.
- 2) Le terme «écosystème» est expliqué au paragraphe 4) du commentaire du projet d'article 5. Par «écosystème» on entend en général une unité écologique constituée de composantes biologiques et non vivantes qui sont interdépendantes et fonctionnent comme une communauté. «Toutes les composantes d'un écosystème sont interdépendantes et rien ne s'y perd réellement⁵⁰⁷.» Un impact extérieur affectant l'une des composantes d'un écosystème provoque

⁵⁰⁷ «Approche écosystémique de la gestion de l'eau» (ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1), p. 5, par. 9.

des réactions parmi les autres composantes et risque de détruire l'équilibre de l'écosystème tout entier. Un tel «impact extérieur», ou interférence, risque de brider ou de détruire l'aptitude d'un écosystème à fonctionner comme système d'entretien de la vie. Les ingérences humaines risquent de perturber de manière irréversible l'équilibre des écosystèmes d'eau douce, en particulier, en les rendant incapables d'entretenir la vie humaine et les autres formes de vie. Les interactions des écosystèmes d'eau douce, d'une part, et de l'activité humaine, d'autre part, deviennent de nos jours plus complexes et plus incompatibles, à mesure que progresse le développement socioéconomique. L'obligation de protéger et préserver les écosystèmes, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des aquifères transfrontières, vise à régler ce problème, déjà aigu dans certaines parties du monde et susceptible de le devenir dans d'autres. Il y a des différences certaines entre les modalités de protection et de préservation selon qu'il s'agit d'un écosystème situé à l'intérieur de l'aquifère ou d'un écosystème extérieur qui en est tributaire: la qualité et le volume de l'eau qui s'écoule exercent une grande influence sur les écosystèmes extérieurs.

3) L'obligation de «protéger» les écosystèmes consiste pour les États de l'aquifère à mettre ces derniers à l'abri des atteintes ou dommages. L'obligation de les «préserver» vaut en particulier pour les écosystèmes à l'état naturel vierges de toute pollution ou dégradation et commande de les traiter de manière à les maintenir, autant que possible, dans leur état naturel. Prises ensemble, la protection et la préservation des écosystèmes aquatiques permettent d'en assurer en permanence la viabilité comme systèmes d'entretien de la vie.

4) L'obligation des États de prendre «toutes les mesures appropriées» est limitée à la protection des écosystèmes concernés. Cela leur laisse davantage de souplesse pour assumer les responsabilités qui leur incombent en vertu de cette disposition. Il a été noté, en particulier, qu'il peut y avoir des cas où il est justifié de modifier un écosystème de manière appréciable pour d'autres considérations, et notamment l'usage projeté de l'aquifère conformément au projet d'articles.

5) L'obligation énoncée dans le projet d'article 9 ne manque pas de précédents dans la pratique des États et les travaux des organisations internationales. L'Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (1985) prévoit l'obligation d'assurer la conservation des espèces et des écosystèmes et celle des

processus écologiques⁵⁰⁸. La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992) énonce l'obligation de prendre «toutes les mesures appropriées pour assurer ... une protection efficace des ressources en eau utilisées pour l'approvisionnement en eau potable et des écosystèmes aquatiques correspondants contre la pollution due à d'autres causes». Aux termes de l'Accord tripartite provisoire entre la République du Mozambique, la République d'Afrique du Sud et le Royaume du Swaziland relatif à la coopération pour la protection et l'utilisation durable des ressources en eau de l'Incomati et du Maputo (2002), «les Parties, séparément et, s'il y a lieu, conjointement, prennent toutes les mesures nécessaires à la protection et à la préservation des écosystèmes de l'Incomati et du Maputo». Enfin, le Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003) pose l'obligation de prendre, «séparément ou conjointement et, s'il y a lieu, avec la participation de toutes les parties prenantes, toutes les mesures appropriées pour protéger, conserver et, au besoin, restaurer le bassin et ses écosystèmes».

Article 10

Zones de réalimentation et de déversement

1. Les États de l'aquifère identifient les zones de réalimentation et de déversement de leur aquifère ou système aquifère transfrontière et, à l'intérieur de ces zones, prennent des mesures particulières pour réduire à un minimum les conséquences préjudiciables que peuvent subir les processus de réalimentation et de déversement.
2. Tous les États sur le territoire desquels se trouve tout ou partie d'une zone de réalimentation ou de déversement d'un aquifère ou système aquifère et qui ne sont pas des États de l'aquifère pour cet aquifère ou ce système aquifère, coopèrent avec les États de l'aquifère pour protéger ledit aquifère ou système aquifère.

Commentaire

1) Les experts des eaux souterraines expliquent que les mesures à prendre pour assurer la protection et la préservation des zones de réalimentation et de déversement sont importantes si l'on veut garantir le bon fonctionnement d'un aquifère. Le fait de perturber ou bloquer le processus de réalimentation ou de déversement, par exemple en construisant dans ces zones une barrière de béton, porterait gravement atteinte à l'aquifère. Suivant la définition de «l'aquifère» formulée à l'alinéa *a* du projet d'article 2, les zones de réalimentation ou de déversement se

⁵⁰⁸ Accord de l'ANASE relatif à la conservation de la nature et des ressources naturelles (1985).

trouvent en dehors de l'aquifère, et c'est pourquoi il faut un projet d'article distinct pour les réglementer. Le paragraphe 1 prévoit les obligations des États de l'aquifère en ce qui concerne la protection des zones de réalimentation et de déversement de leur aquifère transfrontière. Il y a deux étapes pour s'acquitter de ces obligations. La première est l'obligation d'identifier les zones de réalimentation ou de déversement de leur aquifère transfrontière, la seconde, celle de prendre des mesures spécialement conçues pour protéger ces zones en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'aquifère.

2) En ce qui concerne leur identification, les zones de réalimentation et de déversement doivent être directement reliées hydrauliquement à l'aquifère. Une fois ces zones identifiées, et pour autant qu'elles se trouvent situées sur leur territoire, les États de l'aquifère concernés sont tenus de prendre des mesures particulières pour réduire le plus possible les conséquences préjudiciables dont les processus de réalimentation et de déversement peuvent pâtir. Ces mesures jouent un rôle décisif aux fins de la protection et de la préservation de l'aquifère. Il est à noter qu'il est d'une importance capitale de prendre toutes les mesures dans les zones de réalimentation pour empêcher les polluants de pénétrer dans l'aquifère. Toutefois, l'obligation de protéger la zone de réalimentation pour empêcher la pollution des aquifères est examinée dans le contexte du projet d'article 11, précisément consacré à la pollution.

3) Le paragraphe 2 vise le cas où les zones de réalimentation ou de déversement de tel ou tel aquifère transfrontière sont situées dans un État autre que les États de l'aquifère qui partagent l'aquifère transfrontière en question. Vu l'importance du mécanisme de réalimentation et de déversement pour le bon fonctionnement des aquifères, il a été décidé de retenir une obligation imposée à tous les États sur le territoire desquels se trouve une zone de réalimentation ou de déversement de coopérer avec les États de l'aquifère pour protéger l'aquifère. Il convient de rappeler à cet égard que les États de l'aquifère sont eux-mêmes tenus de l'obligation générale de coopérer en vertu du projet d'article 7.

Article 11

Prévention, réduction et maîtrise de la pollution

Les États de l'aquifère, individuellement et, s'il y a lieu, conjointement, préviennent, réduisent et maîtrisent la pollution de leur aquifère ou système aquifère transfrontière, y compris dans le cadre du processus de déversement, susceptible de causer des dommages significatifs à d'autres États de l'aquifère. Vu l'incertitude relative à la nature et à

l'étendue de certains aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, et leur vulnérabilité à la pollution, les États de l'aquifère adoptent une approche de précaution.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 11 énonce l'obligation générale, pour les États de l'aquifère, de prévenir, réduire et maîtriser la pollution de leur aquifère transfrontière qui risque de causer des dommages significatifs à d'autres États de l'aquifère. Le dommage causé aux autres États de l'aquifère le sera par l'intermédiaire de l'aquifère transfrontière et du milieu qui l'entoure. Le problème traité ici est en substance celui de la qualité de l'eau contenue dans l'aquifère. Cette disposition est un cas d'application particulière du principe général qui figure dans les projets d'articles 4 et 6.
- 2) Certains aquifères transfrontières sont déjà pollués à des degrés divers, d'autres ne le sont pas. Vu cet état de choses, le projet d'article 11 emploie la formule «préviennent, réduisent et maîtrisent» au sujet de la pollution. C'est l'expression employée dans la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer à propos de la pollution du milieu marin et dans la Convention de 1997 sur les cours d'eau. La situation est la même dans le cas du milieu marin et dans celui des cours d'eau internationaux. L'obligation de «prévenir» s'attache à une pollution nouvelle, les obligations de «réduire» et de «maîtriser» ayant trait à une pollution existante. Comme celle de «protéger» les écosystèmes prévue par le projet d'article 9, l'obligation de «prévenir ... la pollution ... susceptible de causer des dommages significatifs» recouvre le devoir de faire preuve de la diligence voulue pour prévenir le danger de tels dommages. Cette obligation est signifiée par les mots «susceptible de causer». La prescription faite aux États de l'aquifère de «réduire et maîtriser» la pollution existante correspond à la pratique des États. Exiger que la pollution existante qui cause un tel dommage soit immédiatement supprimée pourrait bien, dans certains cas, imposer une épreuve trop rude à l'État de l'aquifère à l'origine de la pollution, surtout lorsque cela représenterait pour lui un sacrifice parfaitement disproportionné à l'avantage qu'en tirerait l'État de l'aquifère victime du dommage. D'un autre côté, si l'État d'origine de la pollution ne faisait pas preuve de la diligence voulue pour la ramener à des niveaux acceptables, l'État touché serait en droit de faire valoir que l'État d'origine a manqué à son obligation de le faire. Ainsi qu'il est dit au paragraphe 2) du commentaire du projet d'article 10, la mention expresse du processus de réalimentation a été ajoutée à ce projet d'article.

- 3) Ce projet d'article exige que les mesures en question soient prises «individuellement» ou «conjointement». L'obligation de prendre des mesures concertées découle de certaines obligations générales figurant dans le projet d'article 7, en particulier son paragraphe 2.
- 4) Les obligations de prévention, réduction et maîtrise s'appliquent toutes à la pollution «susceptible de causer des dommages significatifs à d'autres États de l'aquifère». En deçà de ce seuil, la pollution ne tomberait pas sous le coup des dispositions du présent article, mais, le cas échéant, pourrait être couverte par le projet d'article 9.
- 5) La dernière phrase du présent article oblige les États de l'aquifère à adopter une attitude prudente vu l'incertitude qui règne quant à la nature et l'étendue de certains aquifères ou systèmes aquifères transfrontières et leur vulnérabilité à la pollution. Les experts des eaux souterraines soulignent à quel point les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières sont fragiles. Ils soulignent aussi qu'une fois l'aquifère ou le système aquifère transfrontière pollué, il est très difficile d'éliminer le polluant et que cette pollution pourrait bien être souvent irréversible. Considérant cette fragilité et les incertitudes scientifiques qui subsistent au sujet des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, une attitude prudente s'impose.
- 6) Quelques membres de la Commission ont résolument proposé la rédaction d'un projet d'article indépendant inspiré du «principe de précaution». Les avis divergent sur le point de savoir si le «principe de précaution» est désormais bien établi en droit international coutumier. Il est vrai qu'il existe plusieurs conventions ou traités régionaux dans lesquels le «principe de précaution» se trouve expressément mentionné⁵⁰⁹. Quant aux traités ou conventions universels, ils emploient différentes expressions, comme «approche de précaution» ou «mesures de

⁵⁰⁹ Convention pour la protection du milieu marin dans l'Atlantique Nord-Est (Convention OSPAR de 1992), ILM, vol. 32 (1993), p. 1032, Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique (1992), Bulletin du droit de la mer, n° 22 (1993), p. 54, Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée (PNUE, Selected Multilateral Treaties..., p. 448), modifiée en 1995, Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992), ILM, vol. 32 (1992), p. 1312, Traité instituant la Communauté européenne et Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique (Convention de Bamako, 1991), ILM, vol. 30 (1991), p. 773, Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Protocole de Londres, 1999), document de l'ONU: MP.WAT/2000/1, Convention-cadre sur la protection et le développement durable des Carpates (2003), document de l'ONU, ECE/CEP 104, Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube (1994), O.J.L. 342, 12 décembre 1997, p. 19, Convention pour la protection du Rhin (1999), O.J.L. 289, 16 novembre 2000, p. 31, Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003), FAOLEX (base de données juridique en ligne de la FAO) et Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003), FAOLEX (base de données juridique en ligne de la FAO).

précaution⁵¹⁰». La majorité des membres de la Commission a estimé qu'il serait préférable d'éviter des discussions conceptuelles difficiles au sujet de l'expression «principe de précaution». L'expression moins contestée «approche de précaution» pourrait répondre à la nécessité primordiale de faire une place à la prise en considération particulière des incertitudes de la science au sujet des aquifères et de leur vulnérabilité. Il va de soi qu'une telle exigence minimale constitue une règle supplétive, qui est sans préjudice des conventions que les États de l'aquifère pourraient conclure à propos d'un aquifère ou système aquifère transfrontière particulier pour donner corps au principe de précaution.

Article 12

Surveillance

1. Les États de l'aquifère assurent la surveillance de leur aquifère ou système aquifère transfrontière. Ils s'acquittent, autant que possible, de cette surveillance conjointement avec les autres États de l'aquifère concernés et, s'il y a lieu, en collaboration avec les organisations internationales compétentes. Toutefois, lorsque les activités de surveillance ne sont pas menées conjointement, les États de l'aquifère échangent entre eux les données recueillies.

2. Les États de l'aquifère utilisent des normes et une méthodologie convenues et harmonisées pour assurer la surveillance de leur aquifère ou système aquifère transfrontière. Ils devraient déterminer les principaux paramètres qu'ils surveilleront sur la base d'un modèle conceptuel convenu de l'aquifère ou du système aquifère. Ces paramètres devraient inclure les paramètres relatifs à l'état de l'aquifère ou du système aquifère visés au paragraphe 1 du projet d'article 8 et ceux qui concernent l'utilisation de l'aquifère ou du système aquifère.

Commentaire

1) La plupart des experts des eaux souterraines (scientifiques et administrateurs) insistent sur la surveillance, qu'ils jugent indispensable à la bonne gestion d'un aquifère transfrontière. En pratique, la surveillance est habituellement engagée individuellement par l'État concerné et dans bien des cas aussi par l'administration locale, avant de se transformer en action concertée

⁵¹⁰ À titre d'exemple, on trouve l'expression «approche de précaution» dans le Protocole de 1996 à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières (Protocole de Londres, 1996), ILM, vol. 36 (1997), p. 7, ainsi que dans 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 (1995), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2167, p. 3. La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992), ILM, vol. 31 (1992), p. 851, prévoit pour sa part l'obligation de prendre des «mesures de précaution».

avec les États voisins concernés. En tout état de cause, les experts s'accordent à reconnaître qu'en dernière analyse l'idéal est la surveillance conjointe reposant sur le modèle conceptuel de l'aquifère arrêté d'un commun accord.

2) En conséquence, le paragraphe 1 énonce l'obligation des États de l'aquifère de surveiller leur aquifère transfrontière. Il leur prescrit de le faire, si possible, conjointement avec les autres États de l'aquifère concernés. Il fait aussi une place au cas dans lequel cette surveillance conjointe n'a pas été mise en œuvre et oblige les États de l'aquifère à l'exercer individuellement et à faire part de ses résultats aux autres États de l'aquifère concernés. L'obligation générale de coopérer dans un cadre international est prévue par le projet d'article 7. Cette obligation de coopération internationale admet plusieurs étapes: échange régulier de données et informations, surveillance, gestion, activités projetées, et ainsi de suite. Le projet d'article 12 développe l'un de ces moments de la coopération internationale.

3) L'importance de la surveillance est très largement reconnue dans un grand nombre d'instruments internationaux, parmi lesquels la Charte pour la gestion des eaux souterraines (1989)⁵¹¹ et les Principes directeurs applicables à la surveillance et à l'évaluation des eaux souterraines (2000)⁵¹², tous deux établis par la Commission économique pour l'Europe, la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux de 1992 (Convention d'Helsinki), ou encore la Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles de 2003 (Convention de Maputo).

4) Le projet d'article 12 est également relié au projet d'article 8, relatif à l'échange régulier de données et informations, obligation dont l'exécution exige une surveillance efficace, mais qui se limite aux données et informations concernant l'état de l'aquifère. Ici, en revanche, comme le précise le paragraphe 2, la surveillance doit couvrir non seulement l'état de l'aquifère, mais encore son utilisation sous la forme de prélèvements, par exemple, et l'alimentation artificielle.

⁵¹¹ Adoptée par la CEE en 1989. Voir E/ECE/1197, ECE/ENVWA/12.

⁵¹² Ces principes ont été rédigés par l'Équipe spéciale de la CEE sur la surveillance et l'évaluation dans le cadre de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 1992), et ils ont été approuvés par les parties à la Convention en mars 2000.

5) Les objectifs de la surveillance sont les suivants: a) clarifier l'état et l'utilisation d'un aquifère transfrontière déterminé en vue de prendre des mesures efficaces pour en assurer la protection, la préservation et la gestion et b) le maintenir sous surveillance régulière en vue de se renseigner dès le début sur tout changement ou dommage qui se produirait. Une surveillance efficace à travers la coopération internationale ne peut en outre que contribuer à de nouveaux progrès de la connaissance scientifique des aquifères transfrontières.

6) Divers instruments internationaux prévoient la surveillance conjointe d'un aquifère transfrontière particulier. C'est le cas, par exemple, du Programme de mise en place d'une stratégie régionale pour l'utilisation du système aquifère gréseux nubien, qui date de 2000. L'un des accords passés pour l'exécution de ce programme s'intitule «Mandat concernant la surveillance et le partage des données». La Convention-cadre sur la protection et le développement durable des Carpates (2003) prévoit l'obligation de poursuivre des politiques visant à la conduite de programmes de surveillance conjoints ou complémentaires, y compris la surveillance systématique de l'état de l'environnement. La Convention de 1994 sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube prévoit non seulement l'obligation d'harmoniser les activités de surveillance des différents États, mais encore celle d'élaborer et mettre en œuvre des programmes conjoints de surveillance de l'état des eaux fluviales dans le bassin hydrographique du Danube en ce qui concerne la qualité de l'eau et son volume, les sédiments et l'écosystème fluvial. Aux termes de la Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil, «les États membres veillent à ce que soient établis des programmes de surveillance de l'état des eaux afin de dresser un tableau cohérent et complet de l'état des eaux au sein de chaque district hydrographique».

7) Dans la mesure où les États de l'aquifère peuvent s'entendre pour établir un tel mécanisme conjoint, c'est la démarche la plus efficace. Cela dit, il y a bien des cas où les États de l'aquifère concernés n'ont pas encore engagé la moindre consultation ou ne sont pas encore parvenus au moindre accord en vue de l'établissement d'un tel mécanisme. Même en pareils cas, les États de l'aquifère sont à tout le moins obligés de mener individuellement des activités de surveillance et d'en communiquer les résultats aux autres États de l'aquifère concernés. La Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003) pose l'obligation pour chaque Partie de surveiller l'état de ses ressources naturelles ainsi que l'impact sur ces ressources des activités et projets de développement. L'accord provisoire entre la République

du Mozambique, la République d’Afrique du Sud et le Royaume du Swaziland relatif à la coopération pour la protection et l’utilisation durable des eaux de l’Incomati et du Maputo (2002) oblige toutes les Parties à mettre sur pied des systèmes, méthodes et procédures de surveillance comparables et à mettre en œuvre un programme de surveillance régulière de l’Incomati et du Maputo, notamment sur le plan biologique et chimique, ainsi que d’établir, aux intervalles fixés par le Comité technique tripartite, des rapports sur l’état et les tendances d’évolution des écosystèmes aquatiques, marins et fluviaux associés en ce qui concerne la qualité de l’eau de ces cours d’eau. L’Accord-cadre sur le bassin de la Save (2002) prévoit l’obligation pour les Parties de s’entendre pour instituer une méthode de surveillance permanente de la mise en œuvre de l’Accord et mener des activités en application de ses dispositions. La Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003) insère l’obligation de surveillance dans la disposition visant à la prévention et la maîtrise de la pollution. Le Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003) prévoit que chaque État s’acquitte de son obligation de surveillance d’une manière normalisée et harmonisée.

8) Le paragraphe 2 prévoit les éléments essentiels de l’obligation qui incombe aux États de l’aquifère d’en assurer effectivement la surveillance, c’est-à-dire de s’entendre sur les normes et les méthodes de surveillance ou de les harmoniser. À défaut de cet accord ou cette harmonisation, les données recueillies n’auraient aucune utilité. Avant qu’un État puisse utiliser les données recueillies par d’autres États, il lui faut d’abord savoir quand, où, pourquoi et comment ces données ont été recueillies et ce qu’elles sont. À l’aide de ces «métadonnées» (données sur des données), l’État peut apprécier en toute indépendance la qualité de ces ensembles de données et, si elles répondent à ses normes minimales en la matière, passer à l’harmonisation des données disponibles et l’interprétation de la base de données globale. Dans le cas de la Commission franco-suisse de l’aquifère genevois, les deux parties ont au départ utilisé chacune les normes de l’autre et, avec le temps et la pratique, sont parvenues à des données harmonisées qui sont comparables. Les États de l’aquifère devraient aussi s’entendre sur le modèle conceptuel de l’aquifère considéré pour pouvoir sélectionner les paramètres clés qu’ils vont surveiller. Il existe deux sortes de modèles conceptuels, la matrice physique et le modèle hydrodynamique. Les États de l’aquifère peuvent s’entendre sur un modèle au départ, puis le modifier à mesure qu’ils progressent dans la connaissance de cet aquifère en le surveillant. Les paramètres clés à surveiller sont l’état de l’aquifère et son utilisation, comme indiqué au paragraphe du présent commentaire. Les données relatives à l’état de l’aquifère

concernent l'étendue, la configuration, la trajectoire, la distribution de la pression hydrostatique, le débit, l'hydrochimie et ainsi de suite et elles sont équivalentes à celles qui sont énumérées au paragraphe 1 du projet d'article 8.

9) À la différence des obligations générales, qui sont définies dans un style impératif, les modalités applicables pour s'acquitter des principales obligations demeurent de simples recommandations, en vue d'en faciliter le respect aux États. On notera aussi que les aquifères à surveiller sont des aquifères en cours d'utilisation.

Article 13

Gestion

Les États de l'aquifère établissent et mettent en œuvre des plans visant à assurer la gestion appropriée de leur aquifère ou système aquifère transfrontière conformément aux dispositions du présent projet d'articles. Ils tiennent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, des consultations concernant la gestion de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière. Un mécanisme de gestion mixte est mis en place, s'il y a lieu.

Commentaire

1) Le projet d'article 13 énonce l'obligation des États de l'aquifère d'établir et mettre en œuvre des plans pour assurer la bonne gestion de leur aquifère transfrontière. Compte tenu de la souveraineté sur l'aquifère situé sur le territoire de l'État et de la nécessité d'une coopération entre États de l'aquifère, deux sortes d'obligations sont instituées par ce projet d'article: tout d'abord, l'obligation de chaque État de l'aquifère d'établir son propre plan en ce qui concerne son aquifère et de le mettre en œuvre et, deuxièmement, l'obligation d'engager des consultations avec les autres États de l'aquifère concernés à la demande de n'importe lequel d'entre eux.

2) Aux termes du paragraphe 2 de l'article 24 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau, «on entend par "gestion", en particulier: a) le fait de planifier la mise en valeur durable d'un cours d'eau international et d'assurer l'exécution des plans qui auront pu être adoptés et b) le fait de promouvoir de toute autre manière l'utilisation, la protection et le contrôle du cours d'eau dans des conditions rationnelles et optimales». C'est exactement la définition admise dans le Protocole (révisé) sur les réseaux hydrographiques partagés de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) (2000), qui est entré en vigueur en 2003. Cette définition peut être retenue *mutatis mutandis* dans le cas des eaux souterraines.

- 3) Les règles applicables à la gestion des aquifères transfrontières sont définies dans la Deuxième partie. Les obligations d'utiliser ces aquifères de manière équitable et raisonnable, de ne pas causer de dommage aux autres États et de coopérer avec les autres États de l'aquifère sont les piliers d'une bonne gestion des aquifères transfrontières. Le terme «gestion» englobe les mesures à prendre pour maximiser les avantages tirés sur le long terme de l'utilisation des aquifères. Il recouvre aussi la protection et la préservation des aquifères transfrontières.
- 4) La première phrase de ce projet d'article pose une obligation pour chaque État de l'aquifère d'établir des plans et de les mettre en œuvre pour assurer convenablement la gestion de son aquifère, en tenant dûment compte des droits des autres États de l'aquifère concernés. La deuxième phrase exige de lui qu'il engage des consultations sur la gestion de l'aquifère transfrontière à la demande de n'importe quel autre État de l'aquifère. La dernière phrase enfin exige la mise en place, s'il y a lieu, d'un mécanisme de gestion mixte. La Commission a jugé que le renforcement de cette obligation était particulièrement important, vu la valeur que les experts des eaux souterraines attachent à la cogestion des aquifères transfrontières. Il a aussi été observé qu'en pratique il ne sera sans doute pas toujours possible de créer un tel mécanisme. L'issue des consultations est laissée aux mains des États concernés. Il existe une multitude de commissions mixtes, dont beaucoup chargées de la gestion. En particulier, le mode de coopération retenu dans la pratique pour tel ou tel aquifère transfrontière peut être moins formel et consister, par exemple, à tenir des réunions régulières entre les organismes compétents ou les représentants des États concernés. En Europe, la plupart des aquifères transfrontières sont d'assez faibles dimensions et sont souvent gérés au niveau transfrontalier ou par les autorités locales. Cette coopération entre les autorités locales devrait être encouragée. C'est pourquoi le présent projet d'article mentionne un «mécanisme» mixte de gestion, et non une organisation, afin de prévoir ce genre d'instrument moins formel de gestion mixte.
- 5) La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992) impose l'obligation de gérer les ressources en eau «de manière à répondre aux besoins de la génération actuelle sans compromettre la capacité des générations futures de satisfaire leurs propres besoins». Le Protocole à cette convention (Protocole de Londres, 1999) précise plus avant les éléments à prendre en considération aux fins de la gestion de l'eau. La Convention sur la protection et le développement durable des Carpates (2003) érige «la gestion du bassin hydrographique» en obligation. La Convention africaine sur

la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003) exige des Parties qu'elles «gèrent leurs ressources en eau de manière à maintenir la quantité et la qualité de ces ressources aux plus hauts niveaux possibles».

6) Il arrive qu'une institution ou un mécanisme régional soit créé aux fins de la gestion d'un aquifère transfrontière déterminé. Le Protocole (révisé) sur les réseaux hydrographiques partagés de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) (2000) «vise à promouvoir et à faciliter l'établissement d'accords sur les réseaux hydrographiques partagés et la création d'institutions chargées de la gestion des cours d'eau partagés». L'Accord-cadre sur le bassin de la Save (2002) prévoit l'obligation de «coopérer pour parvenir à mettre en place une gestion durable des ressources en eau», ainsi que l'obligation de mettre en place un plan conjoint et/ou intégré sur la gestion des ressources en eau du bassin de la Save. La Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003) énonce l'obligation d'assurer la gestion des ressources naturelles de ce lac et crée l'Autorité du lac Tanganyika, qui a, entre autres, pour fonction de défendre et représenter l'intérêt commun des États contractants pour tout ce qui concerne la gestion du lac Tanganyika et de son bassin. De son côté, le Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003) définit les obligations des Parties et de la Commission créée en vertu de ce protocole en ce qui concerne les plans de gestion destinés à assurer la conservation et une utilisation durable des ressources du bassin.

QUATRIÈME PARTIE

ACTIVITÉS TOUCHANT D'AUTRES ÉTATS

Article 14

Activités projetées

1. Lorsqu'un État est fondé à penser qu'une activité particulière projetée sur son territoire risque de porter atteinte à son aquifère ou système aquifère transfrontière et, partant, d'avoir des effets négatifs significatifs sur un autre État, il évalue, dans la mesure où c'est faisable, les effets possibles de cette activité.
2. Avant de mettre à exécution ou d'autoriser l'exécution d'activités projetées susceptibles de porter atteinte à un aquifère ou système aquifère transfrontière et, partant, d'avoir des effets négatifs significatifs sur un autre État, l'État concerné en donne notification à cet autre État en temps utile. La notification est accompagnée des données techniques et informations disponibles, y compris, le cas échéant, les résultats de l'étude d'impact sur l'environnement, afin que l'État auquel elle est adressée ait la possibilité d'évaluer les effets possibles des activités projetées.

3. Si l'État auteur de la notification et l'État auquel elle est adressée sont en désaccord quant aux effets possibles des activités projetées, ils engagent des consultations et, si nécessaire, des négociations en vue de parvenir à une solution équitable de leur différend. Ils peuvent faire appel à un organe d'enquête indépendant pour faire une évaluation impartiale des effets desdites activités.

Commentaire

1) La Convention de 1997 sur les cours d'eau consacre neuf articles aux mesures projetées qui risquent d'avoir des effets négatifs significatifs sur les autres États du cours d'eau, où sont énoncées en détail les procédures que les États concernés doivent suivre. Dans le cas des cours d'eau internationaux, il y a eu un certain nombre de grands projets de mise en valeur qui ont donné lieu à des différends entre les États concernés, et des procédures détaillées s'imposaient pour éviter les litiges et atténuer ceux qui auraient surgi. Dans le cas des aquifères transfrontières, il n'a pas encore été élaboré de procédure détaillée pour régler la question des activités projetées, et il semble que l'on préfère en général des prescriptions plus simples en la matière, qui puissent tenir dans un seul projet d'article. Le projet d'article 14 a un champ d'application plus vaste, en ce qu'il s'applique à tout État qui aurait des motifs raisonnables de penser qu'une activité projetée sur son territoire pourrait porter atteinte à un aquifère ou système aquifère transfrontière et causer ainsi un effet préjudiciable significatif à un autre État, qu'il s'agisse ou non d'un État de l'aquifère. Ainsi, cette disposition ne s'applique pas seulement aux États de l'aquifère.

2) Les activités à réglementer dans ce projet d'article pourraient être menées par des États, par leurs organes ou par des entreprises privées. Pour s'acquitter des obligations prévues dans ce projet d'article figurant dans la quatrième partie consacrée aux activités touchant d'autres États, il faut que les États connaissent par avance toute la programmation de ces activités et donc qu'ils établissent le régime juridique interne qui les soumet à leur autorisation.

3) Le paragraphe 1 édicte l'obligation minimale d'un État, qui est de procéder à une évaluation préalable des effets potentiels de l'activité projetée. L'expression «activités projetées» recouvre non seulement l'utilisation d'aquifères transfrontières, mais encore d'autres activités qui ont ou auront probablement un impact sur ces aquifères. Cette obligation doit être distinguée des obligations générales de la Troisième partie, en ce sens qu'elle est intimement liée à la programmation des activités. Outre les mesures à prendre en vertu de la Troisième partie relative à la protection, la préservation et la gestion, l'État de l'aquifère est tenu de procéder à une

évaluation de tous les effets négatifs que l'activité projetée pourrait avoir sur les aquifères transfrontières. Cette obligation est doublement un minimum requis. Premièrement, cet État n'est tenu d'évaluer les effets potentiels de l'activité projetée que lorsqu'il a des motifs raisonnables de prévoir qu'elle aura probablement des effets négatifs. Deuxièmement, il n'est pas soumis à cette obligation si l'évaluation n'est pas faisable.

4) L'obligation pour l'État qui projette une activité particulière de procéder à une évaluation est prévue dans toutes sortes de traités et conventions. Dans l'Accord de l'ANASE sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (1985), par exemple, il s'agit de «tâcher de procéder à une évaluation d'impact sur l'environnement avant d'engager toute activité comportant le risque de porter une atteinte significative à l'environnement ou aux ressources naturelles d'une autre Partie contractante ou à l'environnement ou aux ressources naturelles ne relevant pas d'une juridiction nationale». La Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003) prévoit l'obligation de «[faire] en sorte que les politiques, plans, programmes, stratégies, projets et activités susceptibles d'affecter les ressources naturelles, les écosystèmes et l'environnement en général fassent l'objet d'études d'impact adéquates à un stade aussi précoce que possible». L'Accord de coopération pour la protection des eaux et l'aménagement hydraulique durable des bassins hydrographiques hispano-portugais (1998) dit que «les Parties adoptent les dispositions nécessaires pour que les projets et activités qui font l'objet du présent accord et qui, en raison de leur nature, de leur dimension et de leur localisation, doivent faire l'objet d'une évaluation d'impact transfrontière, soient évalués avant leur approbation».

5) L'importance de l'évaluation d'impact sur l'environnement est aussi indiquée dans les instruments élaborés dans le cadre des Nations Unies. Aux termes de la Charte pour la gestion des eaux souterraines (1989) élaborée par la Commission économique pour l'Europe, par exemple, «tous les projets envisagés dans un secteur économique quelconque qui risquent d'avoir un effet préjudiciable sur les aquifères devraient faire l'objet d'une procédure d'évaluation visant à déterminer leurs répercussions éventuelles sur le régime des cours d'eau et/ou la qualité des ressources en eaux souterraines, une attention particulière étant accordée au rôle important que jouent les eaux souterraines dans le système écologique». Au chapitre 18 d'Action 21 (1992), intitulé «Protection des ressources en eau douce et de leur qualité: application d'approches intégrées de la mise en valeur, de la gestion et de l'utilisation des

ressources en eau», il est dit que [t]ous les États pourraient faire des «bilans obligatoires d'impact sur l'environnement de tous les grands projets de mise en valeur des ressources hydriques susceptibles d'avoir un effet négatif sur la qualité de l'eau et les écosystèmes aquatiques».

6) Les résultats d'une telle évaluation contribuent à une planification rationnelle de l'activité. Ils servent aussi de point de départ aux autres procédures définies aux paragraphes 2 et 3. Ces deux paragraphes établissent un cadre procédural destiné à éviter les différends sur les activités projetées. Lorsque l'évaluation des effets potentiels d'une activité projetée qui a été menée conformément aux dispositions du paragraphe 1 indique que cette activité aurait un effet négatif sur les aquifères transfrontières et qu'elle risque d'avoir un effet négatif significatif sur d'autres États, l'État initial est obligé, en vertu du paragraphe 2, de notifier sa constatation aux États concernés. Cette notification doit être accompagnée des données techniques et informations disponibles, y compris l'évaluation d'impact sur l'environnement, afin de fournir aux États qui en seraient touchés les renseignements nécessaires pour procéder à leur propre évaluation des effets possibles de l'activité projetée.

7) Si les États auxquels a été adressée la notification sont satisfaits de l'information et de l'évaluation communiquées par l'État qui en est l'auteur, il s'établit un consensus pour faire face à l'activité projetée. Si, en revanche, ils ne sont pas d'accord sur l'évaluation des effets de cette activité, ils ont l'obligation de tâcher de parvenir à un règlement équitable de la situation suivant les dispositions du paragraphe 3. La condition préalable de cette solution serait pour les États concernés leur perception commune des effets possibles. À cette fin, un mécanisme d'enquête indépendant jouerait un rôle important pour fournir une évaluation scientifique et impartiale des effets de l'activité projetée. L'article 33 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau prévoit le recours obligatoire à une telle enquête. Il semble qu'il n'existe pas encore d'exemple de cette obligation dans le cas des eaux souterraines. Aussi est-ce la mention de la faculté de recourir à un tel mécanisme d'enquête qui est retenue ici.

8) La procédure prévue dans ce projet d'article est déclenchée par le critère du risque de voir l'activité projetée avoir «des effets négatifs significatifs» sur d'autres États. Ce seuil est inférieur à celui du «dommage significatif» du projet d'article 6.

CINQUIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 15

Coopération scientifique et technique avec les États en développement

Les États, agissant directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes, encouragent la fourniture aux États en développement d'une coopération dans les domaines de la science, l'éducation, la technique et autres en vue de la protection et de la gestion des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Cette coopération consiste notamment à:

- a) former leur personnel scientifique et technique;
- b) faciliter leur participation aux programmes internationaux pertinents;
- c) leur fournir le matériel et les facilités nécessaires;
- d) accroître leur capacité de fabriquer eux-mêmes ce matériel;
- e) fournir les services consultatifs et développer les moyens matériels concernant les programmes de recherche, de surveillance, d'éducation et autres programmes;
- f) fournir les services consultatifs et développer les moyens matériels nécessaires pour réduire à un minimum les effets préjudiciables des principales activités touchant les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières;
- g) effectuer des études d'impact sur l'environnement.

Commentaire

1) Le projet d'article 15 traite de la coopération scientifique et technique en faveur des États en développement. Il convient de souligner que le terme «coopération» a été préféré à «assistance» dans ce projet d'article. Il représente mieux le double processus nécessaire pour entretenir une croissance durable dans les pays en développement. Aux termes de la première phrase de cette disposition, les États sont tenus de promouvoir la coopération dans les domaines scientifique, technique et autres. Les types de coopération énumérés dans la seconde phrase représentent quelques-unes des diverses options dont les États disposent pour s'acquitter de l'obligation énoncée dans la première phrase. Ils ne seront pas tenus de mener chacun des types de coopération énumérés et auront la faculté de choisir leurs modes de coopération.

2) L'hydrogéologie, science des eaux souterraines, est en plein essor. Cette branche nouvelle de la connaissance scientifique, qui progresse à un rythme rapide, est pour l'essentiel l'apanage

des États développés, et beaucoup d'États en développement n'y ont pas encore pleinement part. C'est par l'entremise des organisations internationales compétentes que ceux-ci ont bénéficié d'une coopération scientifique et technique. Le PHI de l'UNESCO joue un rôle central dans ce domaine, et c'est le programme scientifique intergouvernemental mondial du système des Nations Unies qui peut répondre aux besoins et demandes spécifiques des différents pays et régions. Les arrangements régionaux évoluent eux aussi dans le bon sens, du fait des activités d'assistance extrêmement variées menées par les organisations internationales compétentes. Il serait indiqué de prévoir l'obligation pour chaque État de promouvoir la coopération scientifique et technique.

3) L'obligation inscrite dans ce projet d'article concerne les modalités de la coopération entre États, et elle trouve sa source à l'article 202 (Assistance aux États en développement dans les domaines de la science et de la technique) de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer. La Déclaration de Stockholm, adoptée à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (1972) indique l'importance de l'assistance technique pour compléter l'effort national de développement et compte tenu de la situation particulière des États en développement pour assurer leur développement et la protection de l'environnement (Principes 9 et 12).

La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement évoque en son Principe 7 les responsabilités communes mais différenciées des États. Selon le Principe 9 de cette Déclaration, «les États devraient coopérer ou intensifier le renforcement des capacités endogènes en matière de développement durable en améliorant la compréhension scientifique par des échanges de connaissances scientifiques et techniques et en facilitant la mise au point, l'adaptation, la diffusion et le transfert de techniques, y compris de techniques nouvelles et novatrices».

4) Dans le cadre de ce projet d'article, la coopération est axée essentiellement sur les domaines scientifique, éducatif et technique. L'expression «et autres» recouvre les autres modes de coopération possibles, telle l'aide requise sur le plan des procédures ou du droit pour mettre en place les programmes ou systèmes voulus. Cette liste reprend celle que l'on trouve à l'article 202 de la Convention sur le droit de la mer. Il serait bon d'insister sur la coopération en matière d'éducation et de formation du personnel scientifique et technique et de renforcement des capacités des États en développement pour les mesures de protection, de surveillance ou d'évaluation d'impact. Cette coopération contribuera à l'essor d'une coopération mutuelle entre États en développement dans l'avenir. La liste en question n'est pas exhaustive.

5) Les éléments de la coopération qui sont stipulés dans ce projet d'article figurent aussi dans plusieurs conventions et traités. La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eaux transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992) retient l'obligation d'assistance mutuelle. Le Protocole sur l'eau et la santé à cette même Convention (Protocole de Londres, 1999) souligne l'importance de «la formation théorique et pratique des cadres et du personnel technique nécessaires pour assurer la gestion des ressources en eau et l'exploitation des systèmes d'approvisionnement en eau et d'assainissement» ainsi que de «l'actualisation de leurs connaissances et compétences et leur perfectionnement». Ce protocole énumère les éléments pour lesquels un appui international à l'action menée au niveau national s'impose, comme suit: a) l'élaboration de plans de gestion de l'eau dans un contexte transfrontière, dans un contexte national et/ou dans un contexte local, et de programmes visant à améliorer l'approvisionnement en eau et l'assainissement; b) une meilleure formulation des projets, notamment des projets d'infrastructure, conformément à ces plans et programmes, afin de faciliter l'accès aux sources de financement; c) l'exécution efficace de ces projets; d) la mise en place de systèmes de surveillance et d'alerte rapide, de plans d'urgence et de moyens d'intervention concernant les maladies liées à l'eau; e) l'élaboration de la législation nécessaire pour appuyer l'application du Protocole; f) la formation théorique et pratique des cadres et du personnel technique indispensables; g) la recherche et la mise au point de moyens et de techniques d'un bon rapport coût-efficacité pour prévenir, combattre et faire reculer les maladies liées à l'eau; h) l'exploitation de réseaux efficaces pour surveiller et évaluer la prestation de services relatifs à l'eau et leur qualité, et la mise en place de systèmes d'information intégrés et de bases de données; i) l'instauration d'une assurance qualité pour les activités de surveillance, y compris en matière de comparabilité interlaboratoires. On notera aussi que la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (1994) réserve un article particulier, l'article 6, aux obligations des pays développés parties; parmi les obligations énumérées figure celle de «favoriser et ... faciliter l'accès des pays touchés parties, en particulier des pays en développement parties, à la technologie, aux connaissances et aux savoir-faire appropriés».

6) L'obligation de coopération mutuelle est également prévue dans les conventions régionales. L'un des exemples est celui de la Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003), qui énonce l'obligation de «favoriser et renforcer la coopération en matière de développement et d'utilisation de technologies respectueuses de l'environnement, ainsi qu'en matière d'accès à ces technologies et à leur transfert, dans des

conditions mutuellement convenues» et, à cet effet, d'«adopter des mesures législatives et réglementaires qui mettent en place des incitations pour le développement, l'importation, le transfert et l'utilisation de technologies respectueuses de l'environnement, dans les secteurs privé et public».

7) L'importance de l'assistance scientifique et technique est également mentionnée dans d'autres déclarations qui n'ont pas force obligatoire. Le Plan d'action de Mar del Plata, adopté en 1977 à la Conférence des Nations Unies sur l'eau, signale l'insuffisance des connaissances scientifiques sur les ressources en eau. En ce qui concerne les eaux souterraines, il recommande aux pays de: «i) fournir une assistance pour la création ou le renforcement de réseaux d'observation visant à enregistrer les caractéristiques des ressources en eaux souterraines sur le plan quantitatif et qualitatif; ii) fournir une assistance pour créer des banques de données concernant les eaux souterraines et pour réexaminer les études, déterminer les lacunes et élaborer des programmes de recherche et de prospection pour l'avenir; iii) fournir une aide, y compris du personnel et du matériel, afin de pouvoir utiliser des techniques perfectionnées, telles que les méthodes géophysiques, les techniques nucléaires, les modèles mathématiques, etc.⁵¹³».

8) Au chapitre 18 d'Action 21, la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (1992) indique que l'un des quatre grands objectifs à poursuivre est de «définir et renforcer ou créer, selon [le cas], et notamment dans les pays en développement, les mécanismes institutionnels, juridiques et financiers appropriés, pour veiller à ce que la politique de l'eau et son application jouent le rôle d'un catalyseur du progrès social et d'une croissance économique durables⁵¹⁴». Et elle ajoute que «tous les États pourraient, suivant leur capacité et leurs moyens et par le biais de la coopération bilatérale et multilatérale, notamment par l'intermédiaire de l'ONU et d'autres organisations compétentes, selon qu'il conviendra, agir dans les domaines suivants afin d'améliorer la gestion intégrée des ressources en eau: ... Développement et renforcement, le cas échéant, de la coopération, y compris si nécessaire des mécanismes à tous les niveaux ci-après: ... iv) au niveau mondial, clarification des responsabilités et amélioration de la division du travail et de la coordination entre les organisations et les programmes internationaux, y compris susciter des discussions et procéder

⁵¹³ Plan d'action de Mar del Plata, p. 9, par. 4 b).

⁵¹⁴ Action 21, par. 18.9 d).

à l'échange de données d'expérience dans les domaines touchant la gestion des ressources en eau⁵¹⁵». La Conférence indique aussi que l'un des trois objectifs à poursuivre parallèlement de manière à intégrer les considérations relatives à la qualité de l'eau dans la gestion des ressources en eau est la «mise en valeur des ressources humaines: un élément essentiel pour renforcer les capacités et une condition indispensable pour mettre en œuvre la gestion de la qualité de l'eau⁵¹⁶». Le plan de mise en œuvre du Sommet mondial sur le développement durable (2002) mentionne lui aussi l'assistance technique⁵¹⁷.

Article 16

Situations d'urgence

1. Aux fins du présent projet d'articles, on entend par «situation d'urgence» une situation qui est brusquement provoquée par des causes naturelles ou par des activités humaines et qui menace de façon imminente de causer un dommage grave aux États de l'aquifère ou à d'autres États.
2. Lorsqu'une situation d'urgence touche un aquifère ou un système aquifère et, partant, constitue une menace imminente pour des États, les dispositions ci-après s'appliquent:
 - a) tout État sur le territoire duquel survient une situation d'urgence:
 - i) en informe sans retard et par les moyens les plus expéditifs disponibles les autres États qui risquent d'être touchés ainsi que les organisations internationales compétentes;
 - ii) en coopération avec les États qui risquent d'être touchés et, s'il y a lieu, les organisations internationales compétentes, prend immédiatement toutes les mesures susceptibles d'être mises en œuvre que dictent les circonstances pour prévenir, atténuer et éliminer toute conséquence dommageable de la situation d'urgence;
 - b) les États assurent une coopération scientifique, technique, logistique et autre aux États dans lesquels survient une situation d'urgence. Cette coopération peut comprendre la coordination des opérations et communications internationales d'urgence et la mise à disposition de personnel d'urgence entraîné, de matériel et de fournitures d'urgence, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire.

⁵¹⁵ Action 21, par. 18.12.

⁵¹⁶ Id., par. 18.38 c).

⁵¹⁷ Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable (2002), IV.25.

3. Lorsqu'une situation d'urgence constitue une menace pour des besoins humains vitaux, les États de l'aquifère, par dérogation aux dispositions des projets d'articles 4 et 6, peuvent prendre les mesures strictement nécessaires pour répondre à ces besoins.

Commentaire

1) Le projet d'article 16 vise les obligations dont les États doivent s'acquitter pour faire face aux situations d'urgence effectives qui ont trait aux aquifères transfrontières. Il est à comparer avec le projet d'article 11, qui traite de la prévention et de la réduction des phénomènes qui risquent de causer des dommages aux États de l'aquifère. On trouve une disposition semblable à l'article 28 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau. Dans le cas des aquifères, les urgences ne seraient peut-être pas aussi nombreuses ni aussi destructrices que dans celui des cours d'eau, mais il serait souhaitable de consacrer un article à cette question, vu les ravages causés le long des côtes de l'océan Indien par la catastrophe du tsunami provoqué par le grand tremblement de terre qui avait frappé l'Indonésie près de la ville de Banda Aceh en décembre 2004. Bien qu'il n'ait pas encore été publié d'études formelles sur ce point un grand nombre d'aquifères ont dû être touchés. Du fait de la destruction des processus de déversement, il se pourrait qu'une salinisation des aquifères se soit produite. En consultation avec des experts en eaux souterraines, ce projet d'article a été élaboré pour faire face aux situations de cet ordre.

2) Le paragraphe 1 donne la définition de la «situation d'urgence». Le commentaire du paragraphe 1 de l'article 28 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau explique que la définition de «l'urgence» renferme un certain nombre d'éléments importants et donne plusieurs exemples pour illustrer le propos. Suivant cette définition, une «urgence» doit causer, ou menacer de causer, d'une manière imminente un «dommage grave» à d'autres États. La gravité du dommage en jeu ainsi que la soudaineté de la survenance de l'urgence justifient les mesures prescrites par le projet d'article. L'expression «d'autres États» désigne à la fois les États de l'aquifère et les autres États susceptibles d'être touchés par la situation d'urgence. Ce seraient d'ordinaire les États sur le territoire desquels se trouvent situés soit l'aquifère, soit la zone de réalimentation ou de déversement. Il faut que la situation constituant l'urgence survienne «brusquement». Cela dit, cette disposition couvre le cas où l'«urgence» peut être escomptée par suite des prévisions météorologiques.

3) La situation d'urgence devant «menace[r] de façon imminente de causer un dommage grave», l'État sur le territoire duquel elle a son origine est obligé en vertu du paragraphe 2,

alinéa *a i*), d'en notifier «sans retard et par les moyens les plus expéditifs disponibles» les autres États qui risquent d'être touchés, ainsi que les organisations internationales compétentes.

On trouve une obligation analogue, par exemple, dans la Convention de 1986 sur la notification rapide d'un accident nucléaire, dans la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer et dans un certain nombre d'accords concernant des aquifères transfrontières. L'expression «sans retard» signifie immédiatement à la nouvelle de l'urgence, et le membre de phrase «par les moyens les plus expéditifs disponibles», le recours aux moyens de communication les plus rapides qui soient accessibles. Les États auxquels cette notification doit être adressée ne sont pas les seuls États de l'aquifère, puisque d'autres États peuvent aussi être touchés par une urgence. Ce paragraphe prévoit aussi que la notification soit adressée aux «organisations internationales compétentes». Une telle organisation devrait avoir compétence, en vertu de son acte constitutif, pour répondre à la situation d'urgence. Le plus souvent, il s'agirait d'une organisation créée par les États de l'aquifère pour s'occuper, entre autres choses, des cas d'urgence. Enfin, la situation peut être provoquée soit «par des causes naturelles, [soit] par des activités humaines». Si l'État sur le territoire duquel survient une urgence due entièrement à des causes naturelles peut ne pas être responsable des effets dommageables subis par un autre État, les obligations prévues aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 ne s'en appliqueraient pas moins à cette situation d'urgence.

4) L'alinéa *a ii*) du paragraphe 2 exige que l'État sur le territoire duquel survient une situation d'urgence «pren[ne] immédiatement toutes les mesures susceptibles d'être mises en œuvre ... pour prévenir, atténuer et éliminer toute conséquence dommageable de la situation d'urgence». L'intervention efficace pour parer à la plupart des situations d'urgence causées par des activités humaines est celle qui doit être menée là où survient l'accident industriel, l'échouage du navire ou autre incident. Mais ce paragraphe exige seulement que soient prises toutes les mesures «susceptibles d'être mises en œuvre», c'est-à-dire celles qui sont faisables, praticables et raisonnables. De plus, seules doivent être prises les mesures «que dictent les circonstances», c'est-à-dire celles que justifient les données de la situation d'urgence et ses effets possibles sur d'autres États. À l'instar de l'alinéa *a i*), cet alinéa *a ii*) du paragraphe 2 envisage l'existence d'une organisation internationale compétente, telle une commission mixte, avec laquelle les États pourront coopérer pour prendre les mesures requises. Enfin, la coopération avec les États qui pourraient être touchés (y compris, là encore, les États autres que ceux de l'aquifère) est également prévue. Cette coopération sera sans doute particulièrement indiquée dans le cas d'aquifères ou systèmes d'aquifères contigus, ou lorsqu'un État qui risque d'être touché est

en mesure de prêter son concours sur le territoire de l'État de l'aquifère où est survenue la situation d'urgence.

5) L'obligation d'informer immédiatement les autres États de toute catastrophe naturelle ou autre situation d'urgence qui risque de causer brusquement des effets dommageables sur l'environnement de ces États est suggérée dans le Principe 18 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992). Plusieurs conventions régionales prévoient l'obligation d'adresser sans retard une notification aux États qui risquent d'être touchés, à la commission ou à l'institution régionale et aux autres organisations compétentes. Ce sont, par exemple, le Protocole (révisé) sur les réseaux hydrographiques partagés de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) (2000), l'Accord provisoire tripartite entre la République du Mozambique, la République d'Afrique du Sud et le Royaume du Swaziland relatif à la coopération pour la protection et l'utilisation durable des eaux de l'Incomati et du Maputo (2002), la Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003) et le Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003). La Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003) énonce le droit de l'État partie de se voir communiquer toutes les données pertinentes disponibles par l'autre Partie sur le territoire de laquelle survient une situation d'urgence environnementale ou catastrophe naturelle qui risque de porter atteinte aux ressources naturelles du premier État.

6) Certaines des conventions ont institué des mécanismes ou systèmes de notification rapide des situations d'urgence. La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992) prévoit que «les Parties riveraines s'informent mutuellement sans délai de toute situation critique susceptible d'avoir un impact transfrontière» et pose l'obligation de mettre en place, lorsqu'il y a lieu, et d'exploiter des systèmes coordonnés ou communs de communication, d'alerte et d'alarme. La Convention de 1994 sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube prévoit la mise en place de «systèmes coordonnés ou communs de communication, d'alerte et d'alarme», ainsi que l'obligation pour les Parties de se consulter sur les moyens d'harmoniser les systèmes nationaux de communication, d'alerte et d'alarme ainsi que les plans d'urgence. L'Accord de coopération pour la protection des eaux et l'aménagement hydraulique durable des bassins hydrographiques hispano-portugais (1998) fait obligation aux Parties de mettre en place des

systèmes communs ou coordonnés de communication ou d'améliorer ceux qui existent pour transmettre des alertes précoces ou des renseignements d'urgence.

7) L'alinéa *b* du paragraphe 2 fait obligation à tous les États de prêter leur assistance, qu'ils soient ou non touchés d'une manière quelconque par le dommage grave résultant d'une situation d'urgence. Les experts scientifiques et les administrateurs des eaux souterraines sont unanimes à constater la nécessité d'actions concertées de la part de tous les États pour faire réellement face à une situation d'urgence. L'assistance requise concernerait la coordination des opérations et des communications d'urgence, l'envoi de personnel d'urgence entraîné et de matériel et fournitures d'urgence ainsi que les services d'experts scientifiques et techniques et une aide humanitaire.

8) Dans le cadre du Programme hydrologique international (PHI) de l'UNESCO, le projet «Les eaux souterraines dans les situations d'urgence» a pour but d'étudier les événements catastrophiques, tant naturels que provoqués par l'activité humaine, qui pourraient avoir une influence négative sur la santé et la vie humaines et de déceler par avance les ressources en eaux souterraines salubres et peu vulnérables qui pourraient remplacer temporairement les systèmes d'approvisionnement endommagés. L'eau potable pour la population en danger est l'une des toutes premières priorités durant et immédiatement après une catastrophe.

9) Le paragraphe 3 prévoit les exceptions possibles, en cas d'urgence, aux obligations prévues par les projets d'articles 4 et 6. Les États de l'aquifère peuvent temporairement déroger aux obligations que leur imposent ces projets d'articles lorsqu'il est crucial d'approvisionner la population en eau pour alléger une situation d'urgence. Bien que la Convention de 1997 sur les cours d'eau ne contienne pas de clause de ce genre, il convient, dans le cas des aquifères, de tenir tout particulièrement compte des besoins humains vitaux dans les situations d'urgence. Lorsque survient une catastrophe naturelle telle qu'un tremblement de terre ou une inondation par exemple, un État de l'aquifère doit satisfaire immédiatement les besoins de sa population en eau de boisson. Dans le cas des cours d'eau, les États pourraient y répondre sans déroger à leurs obligations, du fait que la réalimentation du cours d'eau serait probablement suffisante. S'agissant des aquifères, en revanche, les États ne seraient pas en mesure de le faire, car il n'y aurait pas ou guère de réalimentation. En conséquence, il faut que les États aient la faculté d'exploiter temporairement l'aquifère sans remplir les obligations prévues aux projets d'articles 4 et 6. Cela dit, le présent article ne vise que la dérogation temporaire. Il pourrait se trouver des cas où les États ne seraient pas non plus en mesure de s'acquitter des obligations

prévues par d'autres projets d'articles dans une situation d'urgence. En pareil cas, ils pourraient invoquer des circonstances qui, en droit international général, excluent l'illicéité, telles que la force majeure, la détresse ou l'état de nécessité.

Article 17

Protection en période de conflit armé

Les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières et les installations, aménagements et autres ouvrages connexes bénéficient de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et ne sont pas utilisés en violation de ces principes et règles.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 17 concerne la protection à accorder aux aquifères transfrontières et aux installations connexes en période de conflit armé. La Convention de 1997 sur les cours d'eau comprend un article sur le même sujet, et l'idée fondamentale qui inspire le présent article est la même. Ce projet d'article, qui est sans préjudice du droit existant, ne pose aucune règle nouvelle, il sert simplement à rappeler que les principes et les règles du droit international applicables dans les conflits armés internationaux et internes contiennent des dispositions importantes au sujet des ressources en eau et des ouvrages y afférents. Ces dispositions se rangent généralement dans deux catégories: celles qui concernent la protection des ressources en eau et ouvrages y afférents et celles qui traitent de l'utilisation de ces ressources en eau et ouvrages. Comme une réglementation détaillée de ce sujet sortirait du champ d'un instrument-cadre, le projet d'article 17 se borne à mentionner chacune des deux catégories de principes et règles.
- 2) Le projet d'article 17 ne s'adresse pas seulement aux États de l'aquifère, vu que les aquifères transfrontières et les ouvrages y afférents peuvent être utilisés ou attaqués en période de conflit armé également par d'autres États que ceux de l'aquifère. La principale fonction de ce projet d'article est de rappeler à tous les États que le droit des conflits armés s'applique aux aquifères transfrontières.
- 3) L'obligation des États de l'aquifère de protéger et d'utiliser les aquifères transfrontières et les ouvrages y afférents conformément au présent projet d'articles devrait demeurer effective même en période de conflit armé. La conduite de la guerre peut cependant porter atteinte aux aquifères transfrontières de même qu'à leur protection et leur utilisation par les États de

l'aquifère. En pareils cas, le projet d'article 17 précise que les règles et principes régissant les conflits armés sont d'application, y compris diverses dispositions de conventions sur le droit international humanitaire pour autant que les États soient liés par elles. L'empoisonnement des approvisionnements en eau, par exemple, est prohibé par la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et par l'article 54 du Protocole I de 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, l'article 56 de ce même protocole protégeant pour sa part les barrages, digues et autres ouvrages contre les attaques qui peuvent «provoquer la libération de forces [dangereuses] et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile». Des mesures de protection semblables s'appliquent dans les conflits armés non internationaux en vertu des articles 14 et 15 du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève de 1949. Pour la protection des ressources en eau en période de conflit armé, le Protocole I prévoit encore que «la guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves». Dans les cas qui ne sont pas couverts par une règle particulière, certaines protections fondamentales sont assurées par la «clause de Martens». Cette clause, insérée à l'origine dans le Préambule des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 et reprise dans un certain nombre de conventions et protocoles ultérieurs, fait désormais partie du droit international général. En substance, elle dispose que, même dans les cas qui ne sont pas prévus par des accords internationaux particuliers, civils et combattants demeurent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique. C'est le même principe général qui se trouve exprimé au paragraphe 2 du projet d'article 5 du présent projet d'articles, selon lequel, pour trancher entre les utilisations des aquifères transfrontières, il faut prêter une attention particulière à l'exigence des besoins humains vitaux.

Article 18

Données et informations relatives à la défense ou à la sécurité nationales

Aucune disposition du présent projet d'articles n'oblige un État à fournir des données ou des informations dont la confidentialité est essentielle à sa défense ou à sa sécurité nationales. Néanmoins, cet État coopère de bonne foi avec les autres États en vue de fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Commentaire

1) Le projet d'article 18 crée une exception très restreinte aux projets d'articles exigeant la communication d'informations. La même règle figure dans la Convention de 1997 sur les cours d'eau. Il n'est pas réaliste de compter voir les États s'entendre pour diffuser des informations qui sont d'une importance vitale pour leur défense ou leur sécurité nationales. En même temps, pourtant, l'État de l'aquifère qui risque de subir les effets préjudiciables de mesures projetées ne devrait pas être laissé entièrement dans l'ignorance de ces effets possibles. C'est pourquoi le projet d'article 18 exige de l'État qui retient des informations qu'il «coopère de bonne foi avec les autres États en vue de fournir autant d'informations que les circonstances le permettent». Les «circonstances» dont il s'agit sont celles qui ont entraîné la rétention des données ou informations. L'obligation de fournir «autant d'informations que [les circonstances le] permettent» pourrait dans bien des cas être remplie par la communication d'une description générale de la manière dont les mesures altéreraient l'état de l'aquifère ou toucheraient d'autres États. Ce projet d'article est donc destiné à réaliser un équilibre entre, d'une part, les besoins légitimes des États concernés en matière de confidentialité des informations sensibles et, d'autre part, des informations sur les effets préjudiciables possibles des mesures projetées. Comme toujours, l'exception créée par le projet d'article 18 est sans préjudice des obligations que les projets d'articles 4 et 6 imposent à l'État qui projette des activités.

2) L'insertion de ce projet d'article aura été l'une des questions les plus controversées examinées par la Commission. Quelques membres étaient d'avis qu'une telle disposition pourrait se prêter à des abus et voyaient mal dans quelles situations la sécurité nationale devrait l'emporter sur les autres dispositions du projet d'articles. À leurs yeux, un tel article ne devait pas être retenu. Il a aussi été souligné que l'article 31 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau limitait beaucoup plus la liberté de l'État de s'exempter de la règle, car il exigeait des données et informations vitales (et non pas essentielles) pour sa défense ou sa sécurité nationales. Selon d'autres membres, cette protection était de la plus haute importance pour les États et serait réclamée par la Sixième Commission. Ces membres ont fait valoir que, dans bien des circonstances, le projet d'articles exigeait des États qu'ils partagent davantage d'informations que ce n'était strictement nécessaire à la protection de l'aquifère et du système aquifère. Au surplus, ils considéraient que la protection d'informations vitales pour la sécurité nationale ne porterait pas indûment atteinte au fonctionnement des autres dispositions du projet d'articles.

3) Il a aussi été suggéré d'ajouter la protection des secrets industriels et de la propriété intellectuelle au texte de ce projet d'article, pour l'aligner sur l'article 14 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Aux yeux de quelques membres, en revanche, on ne voyait pas bien si cette protection était nécessaire ou utile dans les aquifères transfrontières, et ils craignaient que cette exemption ne soit trop large dans le contexte des eaux souterraines. En tout état de cause, l'existence de droits de propriété intellectuelle pourrait être l'un des facteurs à prendre en considération pour déterminer quelles sont les données aisément disponibles au sens du projet d'article 8.

Article 19

Accords et arrangements bilatéraux et régionaux

Aux fins de la gestion d'un aquifère ou système aquifère transfrontière particulier, les États de l'aquifère sont encouragés à passer entre eux un accord ou arrangement bilatéral ou régional. Un tel accord ou arrangement peut être passé pour tout ou partie d'un aquifère ou système aquifère ou pour un projet ou programme particulier ou une utilisation particulière, sans le consentement exprès d'un ou plusieurs États de l'aquifère, sauf dans la mesure où il porte atteinte, de façon significative, à l'utilisation de l'eau de l'aquifère ou du système aquifère par l'État ou les États en question.

Commentaire

1) Il faut souligner l'importance que revêtent les accords et arrangements bilatéraux ou régionaux qui tiennent dûment compte des caractéristiques historiques, politiques, sociales et économiques de la région et de l'aquifère transfrontière considéré. La première phrase appelle les États de l'aquifère à coopérer et les encourage à conclure des accords ou arrangements bilatéraux ou régionaux pour les besoins de la gestion de l'aquifère transfrontière considéré. L'idée de réserver la question au groupe des États de l'aquifère concernés repose sur les principes qui sont énoncés dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer⁵¹⁸. Elle correspond aussi aux «accords de cours d'eau» prévus à l'article 3 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau. Dans le cas des eaux de surface, de très nombreux accords bilatéraux et régionaux ont été conclus. Dans celui des eaux souterraines, en revanche, ces mesures collectives internationales en sont encore au stade embryonnaire, et il reste à définir correctement le cadre de cette coopération. C'est pourquoi le terme «arrangement» a été ajouté dans ce paragraphe.

⁵¹⁸ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 118 (Coopération des États à la conservation et à la gestion des ressources biologiques en haute mer) et art. 197 (Coopération au plan mondial ou régional).

Ce dernier prévoit aussi que les États concernés devraient avoir des chances égales de participer à de tels accords ou arrangements.

2) De tels accords ou arrangements peuvent être passés pour tout ou partie d'un aquifère ou système aquifère ou pour un projet ou programme particulier ou pour une utilisation particulière. Lorsqu'il porte sur la totalité de l'aquifère ou système aquifère, il est très probable que tous les États de l'aquifère qui partagent le même aquifère ou système aquifère y seront parties, sauf dans quelques rares cas. En revanche, si l'accord ou arrangement vise une partie quelconque de l'aquifère ou système aquifère ou un projet particulier, il ne réunira que quelques États de l'aquifère partageant le même aquifère. En tout état de cause, la seconde phrase oblige les États de l'aquifère à ne pas conclure d'accords ou arrangements qui porteraient atteinte à la position des États de l'aquifère exclus sans le consentement exprès de ces derniers. Elle n'entend pas conférer un pouvoir de veto à ces autres États.

CHAPITRE VII

RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

A. Introduction

77. À sa cinquante-deuxième session (2000), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet «La responsabilité des organisations internationales»⁵¹⁹. L'Assemblée générale, au paragraphe 8 de sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000, a pris acte de la décision de la Commission concernant le programme de travail à long terme, ainsi que du plan d'étude du nouveau sujet annexé au rapport de la Commission sur les travaux de sa session de 2000. Au paragraphe 8 de sa résolution 56/82 du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale a prié la Commission de commencer l'étude du sujet «La responsabilité des organisations internationales».

78. À sa cinquante-quatrième session, la Commission a décidé, à sa 2717^e séance, tenue le 8 mai 2002, d'inscrire le sujet à son programme de travail et a désigné M. Giorgio Gaja Rapporteur spécial sur le sujet⁵²⁰. À la même session, la Commission a constitué un groupe de travail sur le sujet. Dans son rapport⁵²¹, le Groupe de travail a brièvement examiné le champ du sujet, le rapport entre le nouveau projet et le projet d'articles sur «La responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite», les questions relatives à l'attribution, les questions relatives à la responsabilité des États membres à raison d'un comportement qui est attribué à une organisation internationale, ainsi que les questions relatives au contenu de la responsabilité internationale, à la mise en œuvre de la responsabilité et au règlement des différends. À la fin de sa cinquante-quatrième session, la Commission a adopté le rapport du Groupe de travail⁵²².

⁵¹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, par. 729.

⁵²⁰ *Ibid.*, cinquante-septième session, *Supplément n° 10 (A/57/10 et Corr.1)*, par. 461 à 463.

⁵²¹ *Ibid.*, par. 465 à 488.

⁵²² *Ibid.*, par. 464.

79. De sa cinquante-cinquième session (2003) à sa cinquante-septième session (2005), la Commission a reçu et examiné trois rapports du Rapporteur spécial⁵²³ et a adopté provisoirement les projets d'articles 1 à 16 [15]⁵²⁴.

B. Examen du sujet à la présente session

80. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/564 et Add.1 et 2) ainsi que des observations écrites reçues jusque-là des organisations internationales et des gouvernements⁵²⁵.

81. Comme les trois rapports précédents, le quatrième rapport du Rapporteur spécial suivait l'ordre général des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

82. Le quatrième rapport contenait 13 projets d'articles. Huit projets d'articles correspondaient à ceux du chapitre V des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, sous l'intitulé «Circonstances excluant l'illicéité». Cinq projets d'articles traitaient de la responsabilité d'un État à raison du fait illicite d'une organisation internationale.

83. Le Rapporteur spécial a présenté les huit projets d'articles relatifs aux circonstances excluant l'illicéité, à savoir les projets d'articles 17 à 24: l'article 17 («Consentement»)⁵²⁶,

⁵²³ A/CN.4/532 (premier rapport), A/CN.4/541 (deuxième rapport) et A/CN.4/553 (troisième rapport).

⁵²⁴ Les projets d'articles 1 à 3 ont été adoptés à la cinquante-cinquième session (2003), les projets d'articles 4 à 7 à la cinquante-sixième session (2004) et les projets d'articles 8 à 16 [15] à la cinquante-septième session (2005).

⁵²⁵ Donnant suite aux recommandations de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10 et Corr.1)*, par. 464 et 488, et *ibid.*, cinquante-huitième session, *Supplément n° 10 (A/58/10)*, par. 52), le secrétariat avait, chaque année, communiqué le chapitre pertinent du rapport de la Commission à des organisations internationales en leur demandant de faire connaître leurs observations et de fournir à la Commission tous éléments d'information pertinents dont elles disposeraient sur la question. Pour les observations des gouvernements et des organisations internationales, voir A/CN.4/545, A/CN.4/547, A/CN.4/556 et A/CN.4/568 et Add.1.

⁵²⁶ Le projet d'article 17 se lit comme suit:

Consentement

Le consentement valide d'un État ou d'une organisation internationale à la commission par une autre organisation internationale d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard de cet État ou de la première organisation pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

l'article 18 («Légitime défense»)⁵²⁷, l'article 19 («Contre-mesures»)⁵²⁸, l'article 20 («Force majeure»)⁵²⁹, l'article 21 («Détresse»)⁵³⁰, l'article 22 («État de nécessité»)⁵³¹,

⁵²⁷ Le projet d'article 18 se lit comme suit:

Légitime défense

L'illicéité du fait d'une organisation internationale est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies.

⁵²⁸ Le projet d'article 19 se lit comme suit:

Contre-mesures

Variante A

[...]

Variante B

L'illicéité du fait d'une organisation internationale non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'une autre organisation internationale [ou d'un État] est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure licite prise à l'encontre de cette autre organisation [ou de cet autre État].

⁵²⁹ Le projet d'article 20 se lit comme suit:

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'une organisation internationale non conforme à une obligation internationale de cette organisation est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'organisation et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

- a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'organisation qui l'invoque; ou
- b) Si l'organisation a assumé le risque que survienne une telle situation.

⁵³⁰ Le projet d'article 21 se lit comme suit:

Détresse

1. L'illicéité du fait d'une organisation internationale non conforme à une obligation internationale de cette organisation internationale est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

- a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'organisation qui l'invoque; ou
- b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

⁵³¹ Le projet d'article 22 se lit comme suit:

État de nécessité

1. L'organisation internationale ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:

l'article 23 («Respect des normes impératives»)⁵³² et l'article 24 («Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité»)⁵³³.

84. Les projets d'articles 17 à 24 s'inspirent étroitement des articles correspondants sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, c'est-à-dire des articles 20 à 27. De l'avis du Rapporteur spécial, les principes énoncés dans le chapitre sur les «Circonstances excluant l'illicéité» étaient également applicables aux organisations internationales, même s'il fallait les modifier dans certains cas pour les adapter à la nature particulière de ces organisations. Bien que la pratique relative aux circonstances excluant l'illicéité soit limitée, on pouvait établir des parallèles clairs entre les États et les organisations internationales à cet égard. Il n'y avait donc aucune raison de s'écarter de la démarche adoptée pour les États. Cependant, cela ne signifiait pas que les dispositions s'appliqueraient de la même manière dans le cas des organisations internationales.

85. Le Rapporteur spécial a en outre présenté des projets d'articles relatifs à la responsabilité d'un État à raison du fait illicite d'une organisation internationale, à savoir les projets

-
- a) Constitue pour l'organisation le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et
 - b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.
2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'organisation internationale comme cause d'exclusion de l'illicéité:
- a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou
 - b) Si l'organisation a contribué à la survenance de cette situation.

⁵³² Le projet d'article 23 se lit comme suit:

Respect de normes impératives

Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait d'une organisation internationale qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

⁵³³ Le projet d'article 24 se lit comme suit:

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice:

- a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus;
- b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.

d'articles 25 à 29: l'article 25 («Aide ou assistance d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale»)⁵³⁴, l'article 26 («Direction et contrôle exercés par un État sur la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale»)⁵³⁵, l'article 27 («Coercition exercée sur une organisation internationale par un État»)⁵³⁶, l'article 28 («Utilisation par un État qui est membre d'une organisation internationale de la personnalité distincte de cette organisation»)⁵³⁷ et l'article 29

⁵³⁴ Le projet d'article 25 se lit comme suit:

**Aide ou assistance d'un État dans la commission d'un fait
internationalement illicite par une organisation internationale**

Un État qui aide ou assiste une organisation internationale dans la commission par celle-ci d'un fait internationalement illicite est internationalement responsable à raison de cette aide ou assistance dans le cas où:

- a) Il agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

⁵³⁵ Le projet d'article 26 se lit comme suit:

**Direction et contrôle exercés par un État sur la commission d'un fait
internationalement illicite par une organisation internationale**

Un État qui dirige et contrôle une organisation internationale dans la commission par celle-ci d'un fait internationalement illicite est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Il agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

⁵³⁶ Le projet d'article 27 se lit comme suit:

Coercition exercée sur une organisation internationale par un État

Un État qui contraint une organisation internationale à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Celui-ci constituerait, en l'absence de coercition, un fait internationalement illicite de cette organisation internationale; et
- b) Il agit en connaissance des circonstances du fait.

⁵³⁷ Le projet d'article 28 se lit comme suit:

**Utilisation par un État qui est membre d'une organisation internationale
de la personnalité distincte de cette organisation**

1. Un État qui est membre d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale:
 - a) S'il évite de se conformer à une obligation internationale concernant certaines fonctions en transférant lesdites fonctions à cette organisation; et

(«Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation»)⁵³⁸.

86. En présentant ces articles, le Rapporteur spécial a déclaré que le chapitre IV de la première partie des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite traitait d'une aide ou d'une assistance, de directives ou d'un contrôle, et de la contrainte de la part d'un État dans la commission du fait illicite par un autre État. Ce chapitre n'abordait pas la question de ce type de relations entre un État et une organisation internationale. Les projets d'articles 25 à 27 comblent cette lacune et ils correspondent largement aux articles 16 à 18 de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Les projets d'articles 28 et 29 sont propres à ce sujet et n'ont pas d'équivalent dans les articles sur la responsabilité de l'État.

87. La Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial de sa 2876^e séance à sa 2879^e séance et de sa 2891^e séance à sa 2895^e séance, du 16 au 19 mai, du 11 au 14 juillet et le 18 juillet 2006, respectivement. À sa 2879^e séance, le 19 mai 2006, et à sa 2895^e séance, le 18 juillet 2006, la Commission a renvoyé les projets d'articles 17 à 24 et 25 à 29 au Comité de rédaction.

88. La Commission a examiné et adopté le rapport du Comité de rédaction sur les projets d'articles 17 à 24 à sa 2884^e séance, le 8 juin 2006, et les projets d'articles 25 à 30 à sa 2902^e séance, le 28 juillet 2006 (sect. C.1 ci-après).

b) Si l'organisation commet un fait qui, s'il avait été commis par cet État, aurait impliqué le non-respect de cette obligation.

2. Le paragraphe 1 s'applique que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'organisation internationale.

⁵³⁸ Le projet d'article 29 se lit comme suit:

**Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale
à raison du fait internationalement illicite de cette organisation**

À l'exception des cas prévus dans les articles précédents de ce chapitre, un État qui est membre d'une organisation internationale n'est pas responsable à raison d'un fait internationalement illicite de cette organisation sauf si:

- a) Il a accepté d'être tenu responsable vis-à-vis du tiers lésé;
- b) Il a conduit le tiers lésé à compter sur sa responsabilité.

89. À sa 2910^e séance, le 8 août 2006, la Commission a adopté les commentaires des projets d'articles susmentionnés (sect. C.2 ci-après).

C. Texte des projets d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission

1. Texte des projets d'articles

90. Le texte des projets d'articles adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission est reproduit ci-après:

RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

PREMIÈRE PARTIE

LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

CHAPITRE PREMIER

Introduction

Article premier⁵³⁹

Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à la responsabilité internationale d'une organisation internationale pour un fait qui est illicite en vertu du droit international.
2. Le présent projet d'articles s'applique aussi à la responsabilité internationale de l'État pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale.

Article 2⁵⁴⁰

Définition

Aux fins du présent projet d'articles, on entend par «organisation internationale» toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des États, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des États.

⁵³⁹ Pour le commentaire de cet article, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 20 à 24.

⁵⁴⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 24 à 31.

Article 3⁵⁴¹

Principes généraux

1. Tout fait internationalement illicite d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale.
2. Il y a fait internationalement illicite d'une organisation internationale lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission:
 - a) Est attribuable à l'organisation internationale en vertu du droit international; et
 - b) Constitue une violation d'une obligation internationale de cette organisation internationale.

CHAPITRE II⁵⁴²

Attribution d'un comportement à une organisation internationale

Article 4⁵⁴³

Règle générale en matière d'attribution d'un comportement à une organisation internationale

1. Le comportement d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale dans l'exercice des fonctions de cet organe ou de cet agent est considéré comme un fait de cette organisation d'après le droit international, quelle que soit la position de l'organe ou de l'agent dans l'organisation.
2. Aux fins du paragraphe 1, le terme «agent» s'entend des fonctionnaires et des autres personnes ou entités par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit⁵⁴⁴.
3. Les règles de l'organisation s'appliquent pour déterminer les fonctions de ses organes et agents.
4. Aux fins du présent article, l'expression «règles de l'organisation» s'entend notamment des actes constitutifs; des décisions, résolutions et autres actes de l'organisation adoptés conformément aux actes constitutifs; ainsi que de la pratique bien établie de l'organisation⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 31 à 34.

⁵⁴² Pour le commentaire de ce chapitre, voir *ibid.*, *cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, p. 100 à 103.

⁵⁴³ Pour le commentaire de cet article, voir *ibid.*, p. 104 à 109.

⁵⁴⁴ La place du paragraphe 2 sera peut-être modifiée à un stade ultérieur en vue de regrouper toutes les définitions dans l'article 2.

⁵⁴⁵ La place du paragraphe 4 sera peut-être modifiée à un stade ultérieur en vue de regrouper toutes les définitions dans l'article 2.

Article 5⁵⁴⁶

Comportement des organes ou agents mis à la disposition d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale

Le comportement d'un organe d'un État ou d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale qui est mis à la disposition d'une autre organisation internationale est considéré comme un fait de cette dernière d'après le droit international pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement.

Article 6⁵⁴⁷

Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Le comportement d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale est considéré comme un fait de l'organisation d'après le droit international si cet organe ou cet agent agit en cette qualité, même si ce comportement outrepassé la compétence de cet organe ou de cet agent ou contrevient à ses instructions.

Article 7⁵⁴⁸

Comportement reconnu et adopté comme sien par une organisation internationale

Un comportement qui n'est pas attribuable à une organisation internationale selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cette organisation internationale d'après le droit international si, et dans la mesure où, cette organisation reconnaît et adopte ledit comportement comme sien.

⁵⁴⁶ Pour le commentaire de cet article, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, p. 110 à 115.

⁵⁴⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 116 à 120.

⁵⁴⁸ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 120 à 122.

CHAPITRE III⁵⁴⁹

Violation d'une obligation internationale

Article 8⁵⁵⁰

Existence de la violation d'une obligation internationale

1. Il y a violation d'une obligation internationale par une organisation internationale lorsqu'un fait de ladite organisation n'est pas conforme à ce qui est requis d'elle en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci.
2. Le paragraphe 1 s'applique également à la violation d'une obligation relevant du droit international énoncée par une règle de l'organisation.

Article 9⁵⁵¹

Obligation internationale en vigueur à l'égard d'une organisation internationale

Le fait d'une organisation internationale ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'organisation internationale ne soit liée par ladite obligation au moment où le fait se produit.

Article 10⁵⁵²

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait d'une organisation internationale n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.
2. La violation d'une obligation internationale par le fait d'une organisation internationale ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.
3. La violation d'une obligation internationale requérant d'une organisation internationale qu'elle prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.

⁵⁴⁹ Pour le commentaire de ce chapitre, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, p. 84 et 85.

⁵⁵⁰ Pour le commentaire de cet article, voir *ibid.*, p. 85 à 88.

⁵⁵¹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 89.

⁵⁵² Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 90.

Article 11⁵⁵³

Violation constituée par un fait composite

1. La violation d'une obligation internationale par une organisation internationale à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.
2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à l'obligation internationale.

CHAPITRE IV⁵⁵⁴

Responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale

Article 12⁵⁵⁵

Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

Une organisation internationale qui aide ou assiste un État ou une autre organisation internationale dans la commission du fait internationalement illicite par cet État ou cette organisation est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où:

- a) Ladite organisation agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation.

Article 13⁵⁵⁶

Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite

Une organisation internationale qui donne des directives à un État ou à une autre organisation internationale et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par cet État ou cette organisation est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

⁵⁵³ Pour le commentaire, voir *ibid.*

⁵⁵⁴ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 90 à 94.

⁵⁵⁵ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 94.

⁵⁵⁶ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 95 à 97.

- a) Ladite organisation agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation.

Article 14⁵⁵⁷

Contrainte sur un État ou une autre organisation internationale

Une organisation internationale qui contraint un État ou une autre organisation internationale à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État ou de l'organisation internationale soumis à la contrainte; et
- b) L'organisation internationale qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait.

Article 15 [16]⁵⁵⁸

Décisions, recommandations et autorisations adressées aux États membres et organisations internationales membres

1. Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si elle adopte une décision obligeant un État membre ou une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale.
2. Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si:
 - a) Elle autorise un État membre ou une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale, ou si elle recommande à un État membre ou à une organisation internationale membre de commettre un tel fait; et
 - b) Cet État ou cette organisation internationale commet le fait en question en s'appuyant sur cette autorisation ou cette recommandation.
3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'État membre ou l'organisation internationale membre auquel s'adresse la décision, l'autorisation ou la recommandation.

⁵⁵⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 97 et 98.

⁵⁵⁸ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 99 à 103. Le chiffre entre crochets renvoie à l'article correspondant dans le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/553).

Article 16 [15]⁵⁵⁹

Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale de l'État ou de l'organisation internationale qui commet le fait en question, ou de tout autre État ou organisation internationale.

CHAPITRE V

CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITÉ

Article 17⁵⁶⁰

Consentement

Le consentement valide d'un État ou d'une organisation internationale à la commission par une autre organisation internationale d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard de cet État ou de la première organisation pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

Article 18⁵⁶¹

Légitime défense

L'illicéité du fait d'une organisation internationale est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec les principes du droit international consacrés dans la Charte des Nations Unies.

⁵⁵⁹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 103.

⁵⁶⁰ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁵⁶¹ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

Article 19⁵⁶²

Contre-mesures

...
563

Article 20⁵⁶⁴

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'une organisation internationale non conforme à une obligation internationale de cette organisation est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'organisation et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:
 - a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'organisation qui l'invoque; ou
 - b) Si l'organisation a assumé le risque que survienne une telle situation.

Article 21⁵⁶⁵

Détresse

1. L'illicéité du fait d'une organisation internationale non conforme à une obligation internationale de cette organisation internationale est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:
 - a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'organisation qui l'invoque; ou
 - b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

⁵⁶² Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁵⁶³ Le projet d'article 19 vise les contre-mesures par une organisation internationale en raison d'un fait internationalement illicite d'une autre organisation internationale ou d'un État en tant que circonstances excluant l'illicéité. Le texte de ce projet d'article sera rédigé à un stade ultérieur, au moment où les questions concernant les contre-mesures prises par une organisation internationale seront examinées dans le contexte de la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'une organisation internationale.

⁵⁶⁴ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁵⁶⁵ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

Article 22⁵⁶⁶

État de nécessité

1. L'organisation internationale ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:

a) Constitue pour l'organisation le seul moyen de protéger contre un péril grave et imminent un intérêt essentiel de la communauté internationale dans son ensemble que l'organisation, conformément au droit international, a pour fonction de protéger; et

b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe, ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'organisation internationale comme cause d'exclusion de l'illicéité:

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou

b) Si l'organisation a contribué à la survenance de cette situation.

Article 23⁵⁶⁷

Respect de normes impératives

Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait d'une organisation internationale qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

Article 24⁵⁶⁸

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice:

a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus;

b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.

⁵⁶⁶ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁵⁶⁷ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁵⁶⁸ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

CHAPITRE (x)⁵⁶⁹

RESPONSABILITÉ D'UN ÉTAT À RAISON DU FAIT D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

Article 25⁵⁷⁰

Aide ou assistance d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale

Un État qui aide ou assiste une organisation internationale dans la commission par celle-ci d'un fait internationalement illicite est internationalement responsable à raison de cette aide ou assistance dans le cas où:

- a) Il agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 26⁵⁷¹

Direction et contrôle exercés par un État sur la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale

Un État qui dirige et contrôle une organisation internationale dans la commission par celle-ci d'un fait internationalement illicite est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Il agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 27⁵⁷²

Coercition exercée sur une organisation internationale par un État

Un État qui contraint une organisation internationale à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Celui-ci constituerait, en l'absence de coercition, un fait internationalement illicite de cette organisation internationale; et
- b) Il agit en connaissance des circonstances du fait.

⁵⁶⁹ La place de ce chapitre sera décidée ultérieurement.

⁵⁷⁰ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁵⁷¹ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁵⁷² Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

Article 28⁵⁷³

Responsabilité internationale en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale

1. Un État membre d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale s'il se soustrait à l'une de ses obligations internationales en attribuant compétence à l'organisation relativement à cette obligation, et que l'organisation commet un fait qui, s'il avait été commis par cet État, aurait constitué une violation de cette obligation.
2. Le paragraphe 1 s'applique que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'organisation internationale.

Article 29⁵⁷⁴

Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation

1. Sans préjudice des projets d'articles 25 à 28, un État membre d'une organisation internationale est responsable à raison d'un fait internationalement illicite de cette organisation dans le cas où:
 - a) Il a accepté la responsabilité pour ce fait; ou
 - b) Il a conduit le tiers lésé à compter sur sa responsabilité.
2. Il est présumé que la responsabilité internationale de l'État en vertu du paragraphe premier a un caractère subsidiaire.

Article 30⁵⁷⁵

Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu d'autres dispositions des présents projets d'articles, de l'organisation internationale qui commet le fait en question ou de toute autre organisation internationale.

2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session

91. Le texte des projets d'articles et les commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-huitième session sont reproduits ci-après.

⁵⁷³ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁵⁷⁴ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁵⁷⁵ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

CHAPITRE V

CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITÉ

Commentaire général

- 1) Sous le titre «Circonstances excluant l'illicéité», les articles 20 à 27 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁵⁷⁶ envisagent une série de circonstances qui sont de nature différente mais se trouvent réunies par leur effet commun – lequel est d'exclure l'illicéité d'un comportement qui autrement constituerait un manquement à une obligation internationale. Comme l'explique le commentaire de l'introduction du chapitre pertinent⁵⁷⁷, ces circonstances s'appliquent à tout fait internationalement illicite, quelle que soit la source de l'obligation; elles n'entraînent ni l'annulation ni l'extinction de cette obligation, mais en justifient ou en excusent l'inexécution.

- 2) De plus, en ce qui concerne les circonstances excluant l'illicéité, la pratique connue n'est guère abondante pour les organisations internationales. Au surplus, certaines circonstances ne sont pas appelées à se présenter dans le cas de certaines, voire la plupart, d'entre elles, mais il ne serait guère justifié pour autant de considérer que les circonstances excluant l'illicéité du comportement d'un État ne sauraient valoir aussi pour une organisation internationale: que, par exemple, seuls les États pourraient invoquer la force majeure. Cela n'implique pas qu'il faille présumer que les conditions dans lesquelles une organisation peut invoquer une certaine circonstance excluant l'illicéité doivent être les mêmes que celles qui s'appliquent aux États.

Article 17

Consentement

Le consentement valide d'un État ou d'une organisation internationale à la commission par une autre organisation internationale d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard de cet État ou de la première organisation pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

⁵⁷⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1), p. 179 à 227.*

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 180, par. 2.

Commentaire

- 1) Ce texte correspond à l'article 20 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁵⁷⁸. Comme l'explique le commentaire⁵⁷⁹, cet article «reflète le principe fondamental de droit international relatif au consentement». Il a trait au «consentement à l'égard d'une situation particulière ou d'un comportement particulier», par opposition au «consentement à l'égard de l'obligation sous-jacente elle-même»⁵⁸⁰.
- 2) À l'instar des États, les organisations internationales exercent plusieurs fonctions qui engageraient leur responsabilité internationale si un État ou une autre organisation internationale n'y consentait pas. Ce qui est pertinent en général, c'est le consentement de l'État sur le territoire duquel se manifeste le comportement de l'organisation. Dans le cas des organisations internationales, en outre, le consentement pourrait affecter l'obligation sous-jacente ou ne concerner qu'une situation particulière ou un comportement particulier.
- 3) À titre d'exemple du consentement qui rend licite un comportement particulier de la part d'une organisation internationale, on pourrait songer à l'État autorisant la conduite d'une enquête sur son territoire par une commission d'enquête créée par le Conseil de sécurité de l'ONU⁵⁸¹. On peut songer aussi à celui du consentement d'un État à la vérification du processus électoral par une organisation internationale⁵⁸². Il y a encore un autre exemple, très particulier, qui est le consentement au déploiement de la Mission de surveillance à Aceh (Indonésie), à la suite de l'invitation adressée en juillet 2005 par le Gouvernement indonésien à l'Union européenne et à sept États contributeurs⁵⁸³.

⁵⁷⁸ Ibid., p. 184, et commentaire y relatif, p. 184 à 189.

⁵⁷⁹ Ibid., p. 184, par. 1.

⁵⁸⁰ Ibid., p. 185, par. 2.

⁵⁸¹ Pour l'exigence du consentement, voir le paragraphe 6 de la Déclaration annexée à la résolution 46/59 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1991.

⁵⁸² En ce qui concerne le rôle du consentement par rapport à la fonction de vérification d'opérations électorales, voir le rapport du Secrétaire général sur le renforcement de l'efficacité du principe d'élections périodiques et honnêtes (A/49/675), par. 16.

⁵⁸³ On trouve une mention de cette invitation du Gouvernement indonésien dans le préambule de l'Action commune 2005/643/PESC du Conseil du 9 septembre 2005, *Journal officiel de l'Union européenne*, 10 septembre 2005, L 234, p. 13.

4) Le consentement à la non-exécution d'une obligation dans un cas particulier doit être «valide». Ce terme renvoie à des questions qui «relèvent de règles du droit international qui sont extérieures au cadre de la responsabilité des États»⁵⁸⁴, tel le point de savoir si l'organe ou la personne qui a donné le consentement était habilité à le faire au nom de l'État ou de l'organisation internationale, ou si le consentement a été vicié par la contrainte ou quelque autre facteur. La condition que le consentement ne porte pas atteinte au respect de normes impératives est formulée dans le projet d'article 23 – disposition générale qui couvre toutes les circonstances excluant l'illicéité.

5) Le projet d'article 17 repose sur l'article 20 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Les seules modifications apportées au texte ont consisté à ajouter la mention «ou d'une organisation internationale» à propos de l'entité qui donne son consentement et à remplacer le terme «État» par «organisation internationale» pour l'entité à laquelle le consentement est donné.

Article 18

Légitime défense

L'illicéité du fait d'une organisation internationale est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec les principes du droit international consacrés dans la Charte des Nations Unies.

Commentaire

1) Selon le commentaire de l'article correspondant (l'article 21) du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la légitime défense est envisagée là comme une «exception à l'interdiction de l'emploi de la force»⁵⁸⁵. La mention dans cet article du caractère «licite» de la mesure de légitime défense y est expliquée comme suit:

«[...] le terme “licite” implique que la mesure prise respecte les obligations d'abstention totale applicables en situation de conflit armé international, ainsi que les conditions de proportionnalité et de nécessité inhérentes au concept de légitime défense. L'article 21 exprime simplement le principe fondamental aux fins du chapitre V, en renvoyant

⁵⁸⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1)*, p. 185 et 186, par. 4.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 189, par. 1.

les questions de l'étendue et de l'application de la légitime défense aux règles primaires applicables visées dans la Charte.»⁵⁸⁶.

2) Dans un souci de cohérence, le concept de légitime défense qui a ainsi été développé dans le cas des États devrait être utilisé aussi dans celui des organisations internationales, encore qu'il ne soit probablement pertinent que pour un petit nombre d'entre elles, telles celles qui administrent un territoire ou déploient des forces armées.

3) Dans la pratique relative aux Forces des Nations Unies, le terme «légitime défense» a souvent été employé dans un sens plus large, à propos de situations autres que celles qui sont envisagées à l'Article 51 de la Charte. La «légitime défense» a aussi été mentionnée à propos de la «défense de la mission»⁵⁸⁷. S'agissant, par exemple, de la Force de protection des Nations Unies (FORPRONU), le Bureau des affaires juridiques du Département canadien des affaires étrangères et du commerce international a pu affirmer dans un mémorandum:

«la “légitime défense” comprend vraisemblablement la défense des zones de sécurité et de la population civile qui s’y trouve»⁵⁸⁸.

Ces références confirment certes que la «légitime défense» représente une circonstance excluant l'illicéité du comportement d'une organisation internationale, mais le terme est pris dans un sens qui recouvre des cas allant bien au-delà de la seule réaction d'un État ou d'une organisation internationale à une attaque armée d'un État. En tout état de cause, la question de la mesure dans laquelle les Forces des Nations Unies sont habilitées à recourir à la force dépend des règles primaires concernant l'étendue de la mission et ne demande pas à être examinée ici.

4) De même, les conditions dans lesquelles une organisation internationale peut recourir à la force pour réagir à une attaque armée de la part d'un État relèvent des règles primaires et n'ont pas à être examinées dans le présent contexte. L'une d'elles a trait à la possibilité pour une organisation internationale d'invoquer la légitime défense collective lorsque l'un de ses États

⁵⁸⁶ Ibid., p. 192, par. 6.

⁵⁸⁷ Comme le notait le Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et les changements à propos du «droit de faire usage de la force en état de légitime défense, [...] il est généralement entendu que ce droit s'étend à la “défense de la mission”». Un monde plus sûr: notre affaire à tous, rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et les changements (A/59/565), par. 213.

⁵⁸⁸ *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 34 (1996), p. 388 (389).

membres a fait l'objet d'une attaque armée et qu'elle se voit conférer le pouvoir d'agir au nom de la légitime défense collective⁵⁸⁹.

5) Par rapport à l'article 21 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, relatif à la légitime défense, il suffit dans le présent contexte de dire que les mesures de légitime défense doivent être considérées comme licites. Vu que les organisations internationales ne sont pas membres des Nations Unies, la référence à la Charte a été remplacée ici par la mention des «principes du droit international consacrés dans la Charte des Nations Unies». Cette formule figure déjà, pour des raisons analogues, à l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵⁹⁰, relatif à la nullité du traité pour cause de contrainte, et à l'article correspondant de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales⁵⁹¹. Le seul autre changement par rapport au texte de l'article 21 du projet sur la responsabilité des États réside dans le remplacement du terme «État» par «organisation internationale».

Article 19

Contre-mesures

...
*
...

⁵⁸⁹ La réponse positive est implicite à l'article 25 a) du Protocole relatif au Mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de sécurité, adopté le 10 décembre 1999 par les États membres de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), qui prévoit la mise en œuvre du «Mécanisme» «en cas d'agression ou de conflit armé intervenu dans un État membre, ou de menace d'un tel conflit». Pour le texte de cette disposition, voir A. Ayissi (dir. publ.), *Coopération pour la paix en Afrique de l'Ouest. Agenda pour le XXI^e siècle* (UNIDIR, Genève, 2001), p. 136.

⁵⁹⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, I-18 232, p. 354.

⁵⁹¹ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, vol. II.

* Le projet d'article 19 vise les contre-mesures prises par une organisation internationale en raison d'un fait internationalement illicite d'une autre organisation internationale ou d'un État en tant que circonstances excluant l'illicéité. Le texte de ce projet d'article sera rédigé à un stade ultérieur, au moment où les questions concernant les contre-mesures prises par une organisation internationale seront examinées dans le contexte de la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'une organisation internationale.

Article 20

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'une organisation internationale non conforme à une obligation internationale de cette organisation est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'organisation et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'organisation qui l'invoque; ou

b) Si l'organisation a assumé le risque que survienne une telle situation.

Commentaire

1) En ce qui concerne les États, la force majeure avait été définie à l'article 23 du projet sur la responsabilité des États comme «la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation»⁵⁹². Cette circonstance excluant l'illicéité ne vaut pas lorsque la situation est due au comportement de l'État qui l'invoque ou de l'État qui a pris le risque de sa survenance.

2) Il n'y a rien dans les différences entre les États et les organisations internationales qui autorise à conclure que la force majeure n'est pas également pertinente pour les organisations internationales ou que d'autres conditions devraient s'appliquer dans leur cas.

3) On peut trouver quelques illustrations de la pratique sur le chapitre de la force majeure, notamment dans certains accords conclus par des organisations internationales comme l'Accord de 1992 entre le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) et l'Organisation mondiale de la santé (OMS) en qualité d'agent d'exécution, qui, au paragraphe 6 de l'article XII, énonce ce qui suit:

«[e]n cas de force majeure ou d'autres conditions ou situations analogues qui interdisent le succès d'un projet confié à l'Agent d'exécution, ledit Agent avisera dans les meilleurs

⁵⁹² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1), p. 195, et commentaire y relatif, p. 196 à 201.*

délais le PNUD de cette circonstance et pourra renoncer, en concertation avec le PNUD, à la réalisation du projet. Dans ce cas, et à moins que les Parties n'en soient convenues autrement, l'Agent d'exécution se verra rembourser les dépenses qu'il aura effectivement engagées jusqu'à la date de sa renonciation.»⁵⁹³.

Bien qu'il concerne la dénonciation de l'Accord, ce paragraphe considère implicitement que l'inexécution d'une obligation prévue par cet accord pour cause de force majeure ne constitue pas une violation dudit accord.

4) La force majeure a été invoquée par des organisations internationales devant les tribunaux administratifs internationaux en vue d'exclure l'illicéité de leur comportement⁵⁹⁴. Dans son jugement n° 24, *Torres et al. v. Secretary General of the Organization of American States*, le Tribunal administratif de l'Organisation des États américains (OEA) a rejeté l'argument de la force majeure, invoqué pour justifier la résiliation du contrat d'un fonctionnaire, en ces termes:

«Le tribunal considère qu'en l'espèce il n'y a pas de force majeure qui aurait empêché le Secrétariat général d'honorer le contrat de durée déterminée puisqu'il est largement admis en droit qu'il faut entendre par force majeure un événement de nature irrésistible.»⁵⁹⁵.

Bien qu'il ait rejeté l'argument, le Tribunal a clairement admis la possibilité d'invoquer la force majeure.

⁵⁹³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1691, p. 334 (339).

⁵⁹⁴ Ces affaires concernaient l'application des règles de l'organisation en cause. La question de savoir si ces règles font partie du droit international est traitée dans le commentaire du projet d'article 8. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, p. 84 à 87.

⁵⁹⁵ Jugement rendu le 16 novembre 1976, par. 3. Le texte peut être consulté à l'adresse suivante: http://www.oas.org/tribadm/decisiones_decisions/judgments. Dans une lettre du 8 janvier 2003 adressée au Conseiller juridique de l'ONU, l'Organisation des États américains (OEA) observait:

«Dans leur majorité, les plaintes déposées auprès du Tribunal administratif de l'OEA font état de violations des normes générales de l'OEA et d'autres résolutions de l'Assemblée générale de l'Organisation, de violations des règles arrêtées par le Secrétaire général en vertu des pouvoirs que lui confère la Charte de l'OEA et de violations des règles établies par le Tribunal lui-même dans sa jurisprudence. Ces normes et ces règles, qui ont été adoptées par les autorités internationales dûment constituées, font partie du droit international. Les plaintes faisant état de violations de ces normes et de ces règles peuvent donc être décrites comme des plaintes pour violation du droit international.» (voir A/CN.4/545, sect. II.I).

5) Le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (OIT) a adopté une attitude analogue en l'affaire *Barthl*, dans son jugement n° 664. Il a jugé que la force majeure pouvait être invoquée pour un contrat de travail, disant:

«La force majeure résulte d'un événement imprévisible qui, survenant en dehors de la sphère de puissance des parties et indépendamment de leur volonté, fait obstacle de façon irrésistible au déroulement de l'action qui a été prévue.»⁵⁹⁶.

Peu importe que la force majeure ait en l'occurrence été invoquée par un fonctionnaire contre l'organisation internationale et non par l'organisation.

6) Le texte du projet d'article 20 ne diffère de celui de l'article 23 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qu'à cause du remplacement du terme «État», une fois par le terme «organisation internationale» et quatre fois par le terme «organisation».

Article 21

Détresse

1. L'illicéité du fait d'une organisation internationale non conforme à une obligation internationale de cette organisation internationale est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'organisation qui l'invoque; ou

b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

Commentaire

1) L'article 24 du projet relatif à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite retient la détresse parmi les circonstances excluant l'illicéité d'un fait et la décrit comme le cas où «l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse,

⁵⁹⁶ Jugement rendu le 19 juin 1985, par. 3. La traduction du Greffe à partir de l'original français peut être consultée à l'adresse suivante: <http://www.ilo.org/public/english/tribunal>.

de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger»⁵⁹⁷. Le commentaire cite l'exemple tiré de la pratique d'un navire de la marine britannique pénétrant dans les eaux territoriales islandaises pour se mettre à l'abri au cours d'une violente tempête⁵⁹⁸, et note que «[b]ien qu'historiquement la pratique concerne principalement des cas de navires et aéronefs en détresse, l'article 24 n'est pas limité à ces cas»⁵⁹⁹.

2) Des situations analogues pourraient survenir, plus rarement il est vrai, dans le cas d'un organe ou agent d'une organisation internationale. Nonobstant l'absence de cas connus de la pratique dans lesquels une organisation internationale aurait invoqué la détresse, la même règle devrait s'appliquer aussi bien aux organisations internationales qu'aux États.

3) Comme pour les États, la ligne de démarcation entre les cas de détresse et ceux qui peuvent être considérés comme relevant de l'état de nécessité⁶⁰⁰ n'est pas toujours évidente. Pour reprendre l'observation faite dans le commentaire de l'article 24, les «cas d'urgence plus généraux [...] relèvent davantage de l'état de nécessité que de la détresse»⁶⁰¹.

4) L'article 24 du projet sur la responsabilité des États ne s'applique que dans les cas où la situation de détresse n'est pas due au comportement de l'État qui l'invoque et où le fait considéré n'est pas susceptible de créer un péril comparable ou plus grave. Il apparaît que ces conditions sont également applicables aux organisations internationales.

5) Le texte du projet d'article 21 est identique à celui de l'article correspondant du projet sur la responsabilité des États, les seuls changements étant dus au remplacement du terme «État», une fois par le terme «organisation internationale» et deux fois par le terme «organisation».

⁵⁹⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1)*, p. 202, et commentaire y afférent, p. 202 à 207.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 203 et 204, par. 3.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 204, par. 4.

⁶⁰⁰ L'état de nécessité fait l'objet du projet d'article suivant.

⁶⁰¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1)*, p. 206, par. 7.

Article 22

État de nécessité

1. L'organisation internationale ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:

a) Constitue pour l'organisation le seul moyen de protéger contre un péril grave et imminent un intérêt essentiel de la communauté internationale dans son ensemble que l'organisation, conformément au droit international, a pour fonction de protéger; et

b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe, ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'organisation internationale comme cause d'exclusion de l'illicéité:

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou

b) Si l'organisation a contribué à la survenance de cette situation.

Commentaire

1) Les conditions auxquelles les États doivent satisfaire pour pouvoir invoquer l'état de nécessité ont été énumérées à l'article 25 du projet sur la responsabilité des États⁶⁰². Pour résumer, les conditions pertinentes sont les suivantes: le comportement de l'État doit constituer le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; le comportement en question ne doit pas porter atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble; l'obligation internationale en question n'exclut pas la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; l'État qui invoque l'état de nécessité n'a pas contribué à la survenance de cette situation.

2) Dans la pratique des organisations internationales, les exemples d'invocation de l'état de nécessité sont très rares. Dans l'affaire *T.O.R.N. c. CERN*, le Tribunal administratif de l'OIT a considéré dans son jugement n° 2183 que l'état de nécessité pouvait être invoqué. Il s'agissait de l'accès au compte électronique d'un fonctionnaire qui était en congé. Le Tribunal s'est exprimé en ces termes:

⁶⁰² Ibid., p. 208, et commentaire y relatif, p. 208 à 221.

«[...] il doit être possible pour les organisations, au cas où l'accès à un compte serait rendu nécessaire en raison de l'urgence ou de l'absence prolongée du titulaire du compte, d'ouvrir, moyennant des garanties techniques appropriées, une messagerie électronique. Cet état de nécessité, justifiant l'accès à des données qui peuvent revêtir un caractère confidentiel, doit être apprécié avec la plus grande prudence.»⁶⁰³.

3) Même si, comme l'a noté l'Organisation internationale de police criminelle, la pratique est rare,

«[...] l'état de nécessité ne relève pas de ces domaines du droit international qui, par essence, ne s'appliquent manifestement pas aux organisations internationales»⁶⁰⁴.

La possibilité pour les organisations internationales d'invoquer l'état de nécessité a aussi été préconisée dans des déclarations écrites par la Commission de l'Union européenne⁶⁰⁵, le Fonds monétaire international⁶⁰⁶, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle⁶⁰⁷ et la Banque mondiale⁶⁰⁸.

4) S'il est vrai que les conditions posées par l'article 25 du projet relatif à la responsabilité des États sont applicables aussi dans le cas des organisations internationales, la rareté de la pratique sur ce point et le risque considérable que la possibilité d'invoquer l'état de nécessité comporte pour l'exécution des obligations internationales donnent cependant à penser qu'en règle générale l'état de nécessité ne devrait pas pouvoir être invoqué par les organisations internationales aussi largement que par les États. Pour cela, on pourrait limiter les intérêts essentiels susceptibles d'être protégés par l'argument de l'état de nécessité à ceux de la

⁶⁰³ Jugement rendu le 3 février 2003, par. 9. La traduction du Greffe à partir de l'original français peut être consultée à l'adresse suivante: <http://www.ilo.org/public/english/tribunal>.

⁶⁰⁴ Lettre du 9 février 2005 adressée au Secrétaire de la Commission du droit international par le Conseiller juridique de l'Organisation internationale de police criminelle (voir A/CN.4/556, p. 41).

⁶⁰⁵ Lettre du 18 mars 2005 adressée au Conseiller juridique de l'ONU par la Commission européenne (voir A/CN.4/556, p. 40).

⁶⁰⁶ Lettre du 1^{er} avril 2005 adressée au Conseiller juridique de l'ONU par le Fonds monétaire international (voir A/CN.4/556, p. 42).

⁶⁰⁷ Lettre du 19 janvier 2005 adressée au Conseiller juridique de l'ONU par le Conseiller juridique de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (voir A/CN.4/556, p. 43).

⁶⁰⁸ Lettre du 31 janvier 2006 adressée au Secrétaire de la Commission du droit international par le Premier Vice-Président et le Conseiller juridique de la Banque mondiale (voir A/CN.4/568, p. 9 et 10).

communauté internationale dans son ensemble, dans la mesure où l'organisation a pour fonction, conformément au droit international, de les protéger. Cette solution peut être considérée comme une tentative de compromis entre deux positions opposées qui se sont fait jour à propos de l'état de nécessité au cours des débats de la Sixième Commission⁶⁰⁹ comme au sein de la Commission: celle des membres qui placeraient volontiers les organisations internationales sur le même pied que les États, et celle de ceux qui souhaiteraient exclure totalement la possibilité pour les organisations internationales d'invoquer l'état de nécessité. Selon quelques membres de la Commission, bien que l'alinéa *a* du paragraphe 1 ne mentionne que les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble, une organisation devrait avoir le droit d'invoquer l'état de nécessité pour protéger un intérêt essentiel de ses États membres.

5) Il n'y a pas de contradiction entre la mention, à l'alinéa *a* du paragraphe 1, de la protection d'un intérêt essentiel de la communauté internationale et la condition énoncée à l'alinéa *b* de ce même paragraphe, à savoir que le comportement en question ne porte pas atteinte à un intérêt essentiel de la communauté internationale. Les intérêts en question ne sont pas nécessairement les mêmes.

6) Vu la solution adoptée pour l'alinéa *a* du paragraphe 1, qui ne permet pas l'invocation de l'état de nécessité pour protéger les intérêts essentiels d'une organisation internationale à moins qu'ils ne coïncident avec ceux de la communauté internationale, les intérêts essentiels des organisations internationales n'ont pas été ajoutés, à l'alinéa *b*, à ceux auxquels il ne doit pas être porté d'atteinte grave.

7) Abstraction faite de la modification apportée à l'alinéa *a* du paragraphe 1, le texte de ce projet d'article reproduit l'article 25 sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, moyennant le remplacement du terme «État» par «organisation internationale» ou «organisation» dans le chapeau des deux paragraphes.

⁶⁰⁹ Des déclarations clairement en faveur de la possibilité pour les organisations internationales d'invoquer l'état de nécessité ont été faites par la France (A/C.6/59/SR.22, par. 12), l'Autriche (A/C.6/59/SR.22, par. 23), le Danemark, parlant aussi au nom de la Finlande, de l'Islande, de la Norvège et de la Suède (A/C.6/59/SR.22, par. 65), la Belgique (A/C.6/59/SR.22, par. 76), la Fédération de Russie (A/C.6/59/SR.23, par. 23) et Cuba (A/C.6/59/SR.23, par. 25). L'Espagne a aussi pris une position a priori plutôt favorable (A/C.6/59/SR.23, par. 49). Le point de vue contraire a été exprimé par l'Allemagne (A/C.6/59/SR.21, par. 22), la Chine (A/C.6/59/SR.21, par. 42), la Pologne (A/C.6/59/SR.22, par. 2), le Bélarus (A/C.6/59/SR.22, par. 45) et la Grèce (A/C.6/59/SR.23, par. 43). Singapour (A/C.6/59/SR.22, par. 57) et la Nouvelle-Zélande (A/C.6/59/SR.23, par. 10) se sont dits pour le moment réticents.

Article 23

Respect de normes impératives

Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait d'une organisation internationale qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

Commentaire

- 1) Le chapitre V de la Première partie des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite renferme une disposition «sans préjudice», qui s'applique à toutes les circonstances excluant l'illicéité envisagées dans ce chapitre. Le but de cette disposition – l'article 26 – est d'affirmer qu'un fait, qui autrement ne serait pas considéré comme illicite, sera réputé tel s'il n'est «pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général»⁶¹⁰.
- 2) Il est dit dans le commentaire de l'article 26 sur la responsabilité des États pour le fait internationalement illicite que «les normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture, ainsi que le droit à l'autodétermination»⁶¹¹. Dans son arrêt en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'interdiction du génocide était «assurément» une norme impérative⁶¹².
- 3) Comme les normes impératives lient aussi les organisations internationales, il est évident que pas plus que les États celles-ci ne pourraient invoquer une circonstance excluant l'illicéité en cas d'inexécution d'une obligation découlant d'une norme impérative. D'où la nécessité d'une disposition «sans préjudice» faisant pendant à celle qui s'applique aux États.
- 4) Le présent article reprend le texte de l'article 26 sur la responsabilité des États, à cette seule différence près que le terme «État» y a été remplacé par «organisation internationale».

⁶¹⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1)*, p. 221, et commentaire y relatif, p. 221 à 224.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 223 et 224, par. 5.

⁶¹² Par. 64 de l'arrêt, accessible sur le site de la Cour, à l'adresse suivante: <http://www.icj-cij.org>.

Article 24

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice:

- a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus;
- b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.

Commentaire

- 1) L'article 27 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite exprime deux idées⁶¹³. La première est qu'une circonstance n'exclut l'illicéité que si, et dans la mesure où, cette circonstance existe. Le libellé insiste certes sur l'élément temporel⁶¹⁴, mais il est évident qu'une circonstance ne peut exclure l'illicéité que pour autant qu'elle recouvre une situation précise. Au-delà de la portée de la circonstance, l'illicéité du fait reste entière.
- 2) La seconde idée est de réserver la question de l'indemnisation. Il serait difficile d'établir une règle générale au sujet de l'indemnisation des pertes causées par un fait qui serait illicite sans la présence d'une certaine circonstance.
- 3) Comme la position des organisations internationales ne diffère pas de celle des États en ce qui concerne les deux questions visées par l'article 27 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et qu'aucune modification de forme ne s'impose dans ce contexte, le projet d'article 24 est identique à l'article correspondant sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

⁶¹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1)*, p. 224, et commentaire y relatif, p. 225 à 227.

⁶¹⁴ Peut-être cet élément temporel a-t-il été souligné parce que la Cour internationale de Justice avait dit dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* que, «[d]ès que l'état de nécessité disparaît, le devoir de s'acquitter des obligations découlant du traité renaît». *C.I.J. Recueil 1997*, p. 63, par. 101.

CHAPITRE (x)⁶¹⁵

RESPONSABILITÉ D'UN ÉTAT À RAISON DU FAIT D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

Commentaire général

- 1) Comme le donnait à entendre le paragraphe 2 de l'article premier⁶¹⁶, le présent chapitre comble une lacune délibérément laissée dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. L'article 57 de cet instrument dispose que les dispositions de celui-ci sont «sans préjudice de toute question relative à la responsabilité [...] d'un État pour le comportement d'une organisation internationale»⁶¹⁷.
- 2) Il n'y a pas lieu d'examiner ici toutes les questions pouvant avoir une incidence sur la responsabilité d'un État à raison du comportement d'une organisation internationale. Par exemple, les questions relatives à l'attribution d'un comportement à un État sont déjà réglées par les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Ainsi, si la question se pose de savoir si tel certain comportement doit être attribué à tel État, à telle organisation internationale ou aux deux, les présents articles n'offrent de critères que pour trancher le point de savoir si le comportement doit être attribué à l'organisation internationale, alors que les articles sur la responsabilité de l'État indiquent s'il doit ou non l'être à l'État.
- 3) Le présent chapitre prend pour acquis qu'il y a un comportement attribuable à une organisation internationale. Il y est également présumé que ce comportement est dans la plupart des cas internationalement illicite. Des exceptions sont cependant prévues dans les cas qu'envisagent les projets d'articles 27 et 28, portant respectivement sur la coercition exercée sur une organisation internationale par un État et sur la responsabilité internationale en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale.
- 4) Selon les projets d'articles 28 et 29, l'État dont la responsabilité est engagée du fait d'une organisation internationale est nécessairement membre de cette organisation. Dans les cas

⁶¹⁵ L'emplacement de ce chapitre sera déterminé ultérieurement.

⁶¹⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 26.

⁶¹⁷ *Ibid.*, *Cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1)*, par. 76.

envisagés par les projets d'articles 25, 26 et 27, l'État responsable peut ou non être membre de l'organisation.

5) Le présent chapitre n'aborde pas la question de savoir si la responsabilité d'autres entités que les États qui sont également membres d'une organisation internationale peut aussi être engagée. Le chapitre IV de la première partie traite déjà de la responsabilité qu'une organisation internationale peut encourir lorsqu'elle aide, assiste, dirige ou contrôle la commission d'un fait internationalement illicite par une autre organisation internationale dont elle est membre. Il traite également de la coercition exercée par une organisation internationale qui est membre de l'organisation subissant cette coercition. Avec l'adoption des projets d'articles 28 et 29, qui envisagent d'autres cas dans lesquels est engagée la responsabilité d'États membres d'une organisation internationale, il faudra prévoir des dispositions supplémentaires au chapitre IV pour traiter des cas équivalents dans lesquels se trouvent des organisations internationales membres d'autres organisations internationales. Les questions liées à la responsabilité d'entités autres que des États ou des organisations internationales qui sont également membres d'une organisation internationale sont au-delà du champ du présent projet.

6) L'emplacement du présent chapitre dans la structure du projet reste à déterminer; d'où le titre provisoire «Chapitre (x)». Si on le maintient à sa place actuelle, on pourrait en faire une partie distincte du dernier chapitre de la première partie. Le cas échéant, il faudra donner à cette première partie un titre plus approprié.

Article 25

Aide ou assistance d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale

Un État qui aide ou assiste une organisation internationale dans la commission par celle-ci d'un fait internationalement illicite est internationalement responsable à raison de cette aide ou assistance dans le cas où:

- a) il agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Commentaire

1) Le projet d'article 25 concerne une situation parallèle à celle traitée au projet d'article 12, relatif à l'aide ou l'assistance apportée par une organisation internationale à la commission du

fait internationalement illicite d'une autre organisation internationale⁶¹⁸. Les deux textes sont calqués sur l'article 16 relatif à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶¹⁹.

2) L'État qui prête son aide ou son assistance à une organisation internationale pour qu'elle commette un acte internationalement illicite peut être ou non membre de cette organisation. S'il en est membre, on ne peut qualifier d'aide ou assistance l'influence qu'il exerce en participant simplement à la prise de décisions de l'organisation conformément aux règles de celle-ci. On ne peut pourtant totalement écarter que cette aide ou cette assistance découle du comportement adopté par l'État dans le cadre même de l'organisation. Cela soulève des difficultés quant à la réalité de cette aide ou de cette assistance dans certains cas limites. Le contexte matériel, par exemple le nombre de membres et les modalités de la participation de l'État dont il s'agit, seront vraisemblablement des considérations déterminantes.

3) L'aide ou l'assistance de l'État peut constituer une infraction à une obligation qu'impose une règle primaire à cet État. Par exemple, une puissance nucléaire partie au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires⁶²⁰ doit s'abstenir d'aider un État non doté d'armes nucléaires à acquérir de telles armes; on peut semble-t-il dire la même chose de l'aide qu'il pourrait apporter à une organisation internationale dont seraient membres certains États non dotés de l'arme nucléaire. En tel cas, l'éventuelle responsabilité internationale de l'État se déterminerait au regard des articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

4) Le projet d'article 25 fixe en ses paragraphes a) et b) les conditions dans lesquelles le fait d'aider ou d'assister un État peut donner naissance à la responsabilité internationale. Le texte reprend le libellé de l'article 16 relatif à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, car il serait difficile de justifier l'application d'une règle différente lorsque l'entité qui bénéficie de l'aide ou de l'assistance est une organisation internationale plutôt qu'un État. On notera qu'il n'y a aucune distinction du point de vue chronologique entre le comportement de l'État et le fait internationalement illicite de l'organisation internationale.

⁶¹⁸ Ibid., *soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, p. 84.

⁶¹⁹ Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1)*, par. 76.

⁶²⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 729, p. 161.

5) Le titre de l'article 16 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite a été légèrement adapté: le terme «par un État» y a été ajouté pour le différencier du titre du projet d'article 12.

Article 26

Direction et contrôle exercés par un État sur la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale

Un État qui dirige et contrôle une organisation internationale dans la commission par celle-ci d'un fait internationalement illicite est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) il agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Commentaire

1) Alors que le projet d'article 13 porte sur la direction et le contrôle exercés sur une organisation internationale qui commet un fait internationalement illicite par une autre organisation internationale⁶²¹, le projet d'article 26 envisage le cas où c'est un État qui exerce cette direction et ce contrôle. Les deux articles sont calqués sur l'article 17 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶²².

2) L'État qui dirige et contrôle une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite peut ou non être membre de cette organisation. Comme dans le cas de l'aide et de l'assistance visé au projet d'article 25 et dans le commentaire y relatif, une distinction est à faire entre la participation d'un État membre à la prise de décisions de l'organisation selon les règles de celle-ci, et la direction et le contrôle exercés par cet État tombant sous le coup du présent projet d'article. Comme le comportement envisagé doit avoir lieu dans le contexte d'une organisation, on peut se trouver, dans certaines limites, devant les mêmes problèmes que ceux dont il a été question dans le commentaire sur le projet d'article précédent.

⁶²¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, p. 84.

⁶²² *Ibid.*, cinquante-sixième session, *Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1)*, par. 76.

3) Le projet d'article 26 fixe en ses paragraphes a) et b) les conditions dans lesquelles peut naître la responsabilité de l'État, avec le même libellé que l'article 17 relatif à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il n'y a aucune raison de faire une distinction entre le cas où un État dirige et contrôle un autre État dans la commission d'un fait internationalement illicite et celui où il dirige et contrôle dans le même sens une organisation internationale.

4) Le titre du présent projet d'article a été légèrement adapté par rapport à l'article 17 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite: le terme «par un État» y a été ajouté pour le différencier du titre du projet d'article 13.

Article 27

Coercition exercée sur une organisation internationale par un État

Un État qui contraint une organisation internationale à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) le fait constituerait, en l'absence de coercition, un fait internationalement illicite de cette organisation internationale; et
- b) ledit État agit en connaissance des circonstances du fait.

Commentaire

1) Le projet d'article 14 concerne la coercition exercée par une organisation internationale pour que soit commis ce qui serait sinon le fait illicite d'une autre organisation internationale⁶²³. Le présent projet d'article porte sur la coercition exercée dans les mêmes circonstances par un État. Les deux projets sont étroitement inspirés du projet d'article 18 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶²⁴.

2) L'État qui exerce une coercition sur une organisation internationale peut être ou non membre de cette organisation. S'il en est membre, il y a lieu de distinguer, comme pour les deux projets d'articles précédents, la coercition de la participation à la prise de décisions selon les règles de l'organisation.

⁶²³ Ibid., *soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, p. 86.

⁶²⁴ Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1)*, par. 76.

- 3) Les conditions de responsabilité internationale que fixe le projet d'article 27 sont identiques à celles qu'énumère l'article 18 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. En matière de coercition non plus, il n'y a aucune raison de prévoir une règle différente de celle qui s'applique aux relations entre les États.
- 4) Le titre donné au présent projet d'article adapte légèrement celui de l'article 18 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite: le terme «par un État» y a été ajouté pour le différencier du titre du projet d'article 14.

Article 28

Responsabilité internationale en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale

1. Un État membre d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale s'il se soustrait à l'une de ses obligations internationales en attribuant compétence à l'organisation relativement à cette obligation, et que l'organisation commet un fait qui, s'il avait été commis par cet État, aurait constitué une violation de cette obligation.
2. Le paragraphe 1 s'applique que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'organisation internationale.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 28 envisage une situation qui est dans une certaine mesure analogue à celles que vise le projet d'article 15⁶²⁵. Selon celui-ci, une organisation internationale engage sa responsabilité internationale lorsqu'elle se soustrait à l'une de ses obligations internationales en adoptant une décision obligeant un État membre ou une organisation internationale à commettre un fait qui serait internationalement illicite si elle le commettait elle-même. Le projet d'article 15 envisage également le cas où l'organisation se soustrait à une telle obligation en donnant des autorisations ou des recommandations à des États membres ou des organisations internationales. Le présent projet d'article vise le cas où un État contourne l'une de ses obligations internationales en jouant de la personnalité juridique distincte de l'organisation internationale dont il est membre.
- 2) Comme l'explique le commentaire relatif au projet d'article 15, l'existence d'une intention délibérée de se soustraire à une obligation internationale n'est pas nécessaire et il est impossible

⁶²⁵ Ibid., *soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, p. 87.

pour l'organisation internationale d'échapper à sa responsabilité en montrant qu'elle n'avait pas l'intention de contourner une de ses obligations⁶²⁶. L'emploi du verbe «se soustraire» vise à exonérer l'organisation internationale de sa responsabilité internationale lorsque le fait qu'elle a commis, fait qui contreviendrait à une obligation internationale si c'était un État qui en était l'auteur, doit être considéré comme le résultat non voulu de la compétence qui lui a été donnée. D'autre part, ce même terme ne vise pas les seuls cas dans lesquels un État membre peut être considéré comme outrepassant ses droits⁶²⁷.

3) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offre quelques exemples de responsabilité attribuée à des États qui avaient transféré des compétences à une organisation internationale et n'avaient pas accompli les obligations que leur imposait la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Waite et Kennedy c. Allemagne*, la Cour a examiné la question de savoir si le droit d'accès à la justice avait été indûment entravé par un État qui avait accordé à l'Agence spatiale européenne l'immunité pour les questions concernant l'emploi. Elle a conclu:

«[L]orsque des États créent des organisations internationales pour coopérer dans certains domaines d'activité ou pour renforcer leur coopération, et qu'ils transfèrent des compétences à ces organisations et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Toutefois, il serait contraire aux buts et à l'objet de la Convention que les États contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné.»⁶²⁸

⁶²⁶ Ibid., p. 88.

⁶²⁷ Au paragraphe b) de l'article 5 d'une résolution adoptée en 1995 à Lisbonne à propos des «Conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers», l'Institut de droit international déclarait: «Dans des circonstances particulières, les membres d'une organisation internationale peuvent être responsables à raison des obligations de l'organisation en application d'un principe général pertinent du droit international tel que [...] l'abus de droits». *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-II (1996), p. 445.

⁶²⁸ Arrêt du 18 février 1999, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-I, p. 446, par. 67. La Cour a conclu qu'il n'avait pas été porté atteinte «à la substance même» du droit à un tribunal des requérants consacré par la Convention (p. 448, par. 73). Après avoir examiné le *dictum* de la Cour dans *Waite et Kennedy c. Allemagne* cité ci-dessus, I. Brownlie a noté («The Responsibility of States for the Acts of International Organizations», dans M. Ragazzi (éd.), *International Responsibility Today. Essais à la mémoire d'Oscar Schachter* (Leiden/Boston: Nijhoff, 2005), p. 355): «si le contexte est celui des droits de l'homme, le principe invoqué semblerait être d'application générale». On trouve une opinion analogue à celle de la Cour européenne des droits de l'homme dans: A. Di Blase, «Sulla responsabilità internazionale per attività dell'ONU», *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 57 (1974), p. 270; M. Hirsch, *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties* (Dordrecht/Boston/Londres:

4) Dans l'affaire *Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, la Cour a adopté une attitude analogue à l'égard d'une mesure qui avait été prise par un État pour s'acquitter d'une obligation découlant d'un règlement de la Communauté européenne. Elle a déclaré qu'un État ne pouvait se libérer de ses obligations découlant de la Convention européenne en transférant des fonctions à une organisation internationale, car:

«il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine de l'activité concernée: les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective [...]. L'État demeure responsable au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu des traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention [...]»⁶²⁹.

5) Selon le projet d'article, deux circonstances doivent être réunies pour donner naissance à la responsabilité internationale. En premier lieu, l'État doit donner compétence à l'organisation internationale en ce qui concerne l'obligation internationale à laquelle il se soustrait. Cela peut se produire lorsque l'État transfère certaines fonctions souveraines à une organisation d'intégration. Mais la disposition ne vaut pas que pour ce seul cas. Une organisation internationale peut d'ailleurs être créée pour exercer des fonctions dont les États ne disposent pas nécessairement. Du point de vue de la naissance de la responsabilité internationale en vertu du présent projet d'article, la considération pertinente est que l'obligation internationale couvre le domaine dans lequel l'organisation internationale est compétente. L'obligation peut porter précisément sur ce domaine ou être d'ordre plus général, comme c'est le cas des obligations découlant des traités relatifs aux droits de l'homme.

6) La deuxième circonstance est que le fait de l'organisation internationale serait une violation de l'obligation dont il s'agit s'il était commis par un État. Que l'organisation ne soit pas

Nijhoff, 1995), p. 179; K. Zemanek, *Annuaire ...*, vol. 66-I (1995), p. 329; P. Sands, dans P. Sands et P. Klein (éd.), *Bowett's Law of International Institutions* (Londres: Sweet & Maxwell, 2001) p. 524; et D. Sarooshi, *International Organizations and the Exercise of Sovereign Powers* (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 64.

⁶²⁹ Arrêt du 30 juin 2005 – non encore paru dans les recueils – par. 154. La Cour a statué que l'État défendeur n'avait pas engagé sa responsabilité parce que les droits fondamentaux dont il était question bénéficient dans la Communauté européenne d'«une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention» (par. 155).

tenu de cette même obligation ne suffit pas à faire naître la responsabilité internationale. Il faut que soit commis un fait constituant une violation de l'obligation. D'autre part, il n'est pas nécessaire que l'État provoque la commission de ce fait par l'organisation internationale.

7) Le paragraphe 2 explique que le projet d'article 28 n'exige pas que le fait soit internationalement illicite pour l'organisation internationale concernée. Il y a plus de chances qu'il y ait contournement de l'obligation quand l'organisation internationale n'y est pas elle-même tenue. Cependant, le simple fait qu'il existe une obligation internationale pour l'organisation n'exonère pas nécessairement l'État de sa responsabilité internationale.

8) Si le fait de l'organisation internationale est illicite et s'il est causé par un État membre, il peut y avoir un chevauchement des situations visées dans le projet d'article 28 et dans les trois articles qui le précèdent. Tel serait le cas si les conditions fixées dans l'un de ces derniers se réalisaient. Cependant, une telle situation ne serait pas problématique puisqu'elle signifierait simplement qu'il y a plusieurs fondements à la responsabilité de l'État.

Article 29

Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation

1. Sans préjudice des articles 25 à 28, un État membre d'une organisation internationale est responsable à raison d'un fait internationalement illicite de cette organisation dans le cas où:
 - a) il a accepté la responsabilité pour ce fait; ou
 - b) il a conduit le tiers lésé à compter sur sa responsabilité.
2. Il est présumé que la responsabilité internationale de l'État en vertu du paragraphe 1 a un caractère subsidiaire.

Commentaire

1) La clause de sauvegarde relative aux projets d'articles 25 à 28 qui ouvre le paragraphe 1 du projet d'article 29 vise à indiquer qu'un État membre d'une organisation internationale peut être tenu responsable également en vertu des projets d'articles qui précèdent. Le projet d'article 29 envisage donc deux cas supplémentaires dans lesquels la responsabilité des États membres est engagée. Les États membres peuvent de surcroît être responsables en vertu des articles sur la

responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶³⁰, mais cette situation ne relevant pas du présent projet d'articles, une clause de sauvegarde y relative n'est pas nécessaire.

2) Conformément à l'approche généralement adoptée dans le présent projet ainsi que dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, le présent projet d'article identifie positivement les cas dans lesquels un État voit sa responsabilité engagée et il ne dit pas quand la responsabilité n'est pas réputée naître. En dépit du désaccord de certains de ses membres, la Commission a estimé qu'il ne serait pas approprié de faire figurer dans le projet une disposition énonçant une règle résiduelle et négative pour les cas dans lesquels, aux termes du projet, la responsabilité de l'État n'est pas engagée en relation avec le fait d'une organisation internationale. Il est toutefois clair qu'une telle conclusion est implicite et que l'appartenance à une organisation en tant que telle n'engage pas la responsabilité internationale des États membres lorsque l'organisation commet un fait internationalement illicite.

3) L'idée que les États membres ne peuvent généralement être considérés comme internationalement responsables du fait internationalement illicite de l'organisation a été défendue par plusieurs États dans des affaires contentieuses. Le Gouvernement allemand a rappelé dans ses observations écrites qu'il avait:

«... défendu jusqu'ici le principe de la responsabilité distincte devant la Commission européenne des droits de l'homme (*M. & Co.*), la Cour européenne des droits de l'homme (*Senator Lines*) et la Cour internationale de Justice (*Licéité de l'emploi de la force*) et rejeté la responsabilité à raison de l'appartenance en ce qui concerne des mesures prises par la Communauté européenne, l'OTAN et l'Organisation des Nations Unies.»⁶³¹.

4) Une opinion similaire a été exprimée par les tribunaux britanniques dans un procès concernant le Conseil international de l'étain, bien qu'incidemment, à l'occasion de différends relatifs à des conventions privées. Son expression la plus claire a été donnée par Lord Kerr devant la Cour d'appel et par Lord Templeman. Lord Kerr a déclaré qu'il ne pouvait:

⁶³⁰ Il en serait ainsi dans le cas envisagé par l'Institut de droit international à l'article 5 c) ii) de sa résolution sur les Conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers: lorsque l'organisation internationale «a agi en qualité d'agent de cet État, en droit ou en fait». *Annuaire ...*, vol. 66-II (1996), p. 445.

⁶³¹ A/CN.4/556, p. 68.

«conclure qu'il a été prouvé qu'il existe une règle quelconque du droit international, ayant un caractère contraignant pour les États membres du Conseil international de l'étain, qui pose que ceux-ci doivent être tenus responsables – surtout conjointement et solidairement – devant n'importe quel tribunal national vis-à-vis des créanciers du Conseil international de l'étain pour les dettes contractées par ce dernier en son nom propre.»⁶³².

À la Chambre des lords, au sujet de l'existence d'une règle de droit international imposant aux «États membres d'une organisation internationale une responsabilité conjointe et solidaire en cas de défaut de paiement de ses dettes par l'organisation à moins que le traité constitutif de l'organisation internationale exclue clairement toute responsabilité de la part de ses membres», Lord Templeman a déclaré:

«Aucune preuve crédible n'a été donnée de l'existence d'une telle règle de droit international avant, pendant ou après la signature du sixième Accord international sur l'étain en 1982.»⁶³³.

5) Bien que la doctrine soit divisée sur la question de la responsabilité des États membres lorsqu'une organisation dont ils sont membres commet un fait internationalement illicite, il convient de noter que l'Institut de droit international a, en 1995, adopté une résolution aux termes de laquelle:

«Sous réserve de l'article 5, il n'existe aucune règle générale de droit international prévoyant que les États membres sont, en raison de leur seule qualité de membre, responsables conjointement ou subsidiairement des obligations d'une organisation internationale dont ils sont membres.»⁶³⁴.

⁶³² Jugement du 27 avril 1988, *Maclaine Watson & Co. Ltd. v. Department of Trade and Industry; J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry and Others*, dans I.L.R., vol. 80, p. 109.

⁶³³ Jugement du 26 octobre 1989, *Australia & New Zealand Banking Group Ltd. and Others v. Commonwealth of Australia and 23 Others; Amalgamated Metal trading Ltd. and Others v. Department of Trade and Industry and others; Maclaine Watson & Co. Ltd. v. Department of Trade and Industry; Maclaine Watson & Co. Ltd. v. International Tin Council*, dans I.L.M., vol. 29 (1990), p. 675.

⁶³⁴ Art. 6 a). *Annuaire ...*, vol. 66-II (1996), p. 445. L'article 5 est ainsi libellé: «a) La question de la responsabilité des membres d'une organisation internationale à raison des obligations de celle-ci est déterminée par référence aux dispositions des Règles de l'organisation; b) Dans ces circonstances particulières, les membres d'une organisation internationale peuvent être responsables à raison des obligations de l'organisation en application d'un principe général pertinent du droit international tel que l'acquiescement ou l'abus de droits; c) En outre, la responsabilité

6) L'idée que les États membres ne sont pas en général responsables n'exclut pas qu'il y ait certains cas, autres que ceux envisagés aux projets d'articles précédents, dans lesquels l'État serait responsable du fait internationalement illicite de l'organisation. Le cas le moins controversé est celui de l'acceptation de la responsabilité internationale par les États concernés. Ce cas est prévu à l'alinéa *a*. L'acceptation n'est soumise à aucune condition. Ceci vise à indiquer qu'elle peut être expresse ou tacite et intervenir avant ou après le moment où la responsabilité de l'organisation est engagée.

7) Dans son opinion jointe à l'arrêt de la Cour d'appel concernant le Conseil international de l'étain, Lord Ralph Gibson a mentionné l'acceptation de la responsabilité dans l'«acte constitutif»⁶³⁵. On peut assurément envisager que l'acceptation résulte de l'acte constitutif de l'organisation internationale ou d'autres règles de l'organisation. Toutefois, les États membres verraient alors leur responsabilité internationale engagée vis-à-vis d'un tiers uniquement si leur acceptation produisait des effets juridiques dans leurs relations avec ce tiers⁶³⁶. Il pourrait très bien se trouver que les États membres ne s'engagent qu'envers l'organisation ou acceptent de fournir les ressources financières nécessaires à titre purement interne⁶³⁷.

8) Le paragraphe 1 envisage un second cas dans lequel les États membres sont responsables: lorsque leur comportement a amené le tiers à compter sur leur responsabilité, par exemple à penser qu'ils se substitueraient à l'organisation responsable si celle-ci n'avait pas les fonds nécessaires pour réparer le préjudice⁶³⁸.

d'un État membre envers un tiers peut être engagée: i) lorsque l'État a souscrit des engagements à cet effet, ou ii) lorsque l'organisation internationale a agi en qualité d'agent de cet État, en droit ou en fait».

⁶³⁵ Jugement du 27 avril 1988, *Maclaine Watson & Co. Ltd. v. Department of Trade and Industry; J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry and Others*, dans I.L.R., vol. 80, p. 172.

⁶³⁶ Les conditions énoncées à l'article 36 de la Convention de Vienne sur le droit des traités s'appliqueraient alors. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

⁶³⁷ Par exemple, le paragraphe 7 de l'article 300 du Traité établissant la Communauté européenne est ainsi libellé: «Les accords conclus selon les conditions fixées au présent article lient les institutions de la Communauté et les États membres». La Cour de justice des Communautés européennes a fait observer que cette disposition n'impliquait pas que les États membres fussent liés vis-à-vis des États non membres et puissent voir leur responsabilité engagée au regard du droit international. Voir Arrêt du 9 août 1994, *France c. Commission*, affaire C-327/91, *Recueil de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, 1994, p. I-3674, par. 25.

⁶³⁸ C. F. Amerasinghe, dans «Liability to third parties of member States of international organizations: practice, principle and juridical precedent», *I.C.L.Q.*, vol. 40 (1991), p. 280, affirmait que «sur la base de considérations de politique générale, la présomption de non-responsabilité pouvait être réfutée s'il était prouvé que certains ou la totalité des membres ou l'organisation, avec l'approbation des membres, avaient donné aux créanciers des raisons de

9) La deuxième sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Western Helicopters* fournit un exemple de responsabilité des États membres engendrée par leur comportement. Le tribunal a considéré que les circonstances particulières de l'affaire inspiraient:

«la confiance des tiers contractant avec l'organisation dans la capacité de celle-ci de tenir ses engagements du fait du soutien constant de ses États membres»⁶³⁹.

10) La confiance des tiers ne repose pas nécessairement sur une acceptation tacite. Elle peut aussi raisonnablement découler de circonstances qui ne peuvent être considérées comme l'expression d'une intention des États membres de se lier. Parmi les facteurs cités comme pertinents, on trouve le petit nombre de membres⁶⁴⁰, bien que ce facteur, comme tous les autres facteurs pertinents, doive être envisagé de manière globale. À l'évidence, on ne saurait présumer que les tiers doivent pouvoir compter sur la responsabilité des États membres.

11) L'expression «tiers lésé» est utilisée à l'alinéa *b*. En matière de responsabilité internationale, ce tiers lésé sera le plus souvent un autre État ou une autre organisation internationale. Toutefois, il peut aussi s'agir d'un sujet de droit international autre qu'un État ou une organisation internationale. Si la première partie des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite concerne la violation de toute obligation qui peut incomber à un État en droit international, la deuxième partie, qui traite du contenu de la responsabilité internationale, envisage uniquement les relations entre États mais comprend à l'article 33 une clause de sauvegarde concernant les droits qui peuvent naître au profit «d'une personne ou d'une entité autre qu'un État»⁶⁴¹. De manière similaire, l'alinéa *b* vise l'État, l'organisation internationale, la personne ou l'entité vis-à-vis duquel ou de laquelle un État membre peut voir sa responsabilité internationale engagée.

penser que certains ou la totalité des membres accepteraient une responsabilité conjointe ou subsidiaire même si une telle intention ne figurait pas expressément ou implicitement dans l'acte constitutif». P. Klein, dans *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruxelles: Bruylant/Éditions de l'Université, 1998), p. 509 et 510, affirme également que le comportement des États membres peut impliquer qu'ils garantissent l'exécution des obligations incombant à l'organisation.

⁶³⁹ Paragraphe 56 de la sentence du 21 juillet 1991, cité par R. Higgins, «The legal consequences for Member States of non-fulfilment by international organizations of their obligations towards third parties: provisional report», *Annuaire ...*, vol. 66-I (1995), p. 393.

⁶⁴⁰ Voir l'observation du Bélarus, A/C.6/60/SR.12, par. 52.

⁶⁴¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr.1)*, par. 76.

12) Aux termes des alinéas *a* et *b*, la responsabilité internationale des États membres n'est engagée que s'ils ont accepté cette responsabilité ou si leur comportement a amené les tiers à compter sur cette responsabilité. Même lorsque l'acceptation de la responsabilité résulte de l'acte constitutif de l'organisation, cet acte peut prévoir la responsabilité de certains États membres seulement.

13) Le paragraphe 2 envisage la nature de la responsabilité engagée en vertu du paragraphe 1. L'acceptation de responsabilité par l'État peut concerner soit une responsabilité subsidiaire soit une responsabilité conjointe et solidaire. Il en va de même de la responsabilité née du comportement. Généralement, on ne peut énoncer qu'une présomption réfragable. De plus, étant donné la nature limitée des cas dans lesquels la responsabilité naît en application du présent projet d'article, il est raisonnable de présumer que, lorsque les États membres acceptent la responsabilité, il s'agit seulement d'une responsabilité subsidiaire, qui a un caractère complémentaire⁶⁴².

Article 30

Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu d'autres dispositions des présents articles, de l'organisation internationale qui commet le fait en question ou de toute autre organisation internationale.

Commentaire

1) Le présent projet d'article trouve un parallèle au projet d'article 16, selon lequel le chapitre sur la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale est «sans préjudice de la responsabilité internationale de l'État ou de l'organisation internationale qui commet le fait en question, ou de tout autre État ou organisation internationale».

2) Le projet d'article 30 est une clause de sauvegarde concernant l'ensemble du chapitre. Il correspond à l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait

⁶⁴² Dans l'opinion visée ci-dessus (Jugement du 27 avril 1988, *Maclaine Watson & Co. Ltd. v. Department of Trade and Industry; J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry and Others*, dans I.L.R., vol. 80, p. 172), Lord Ralph Gibson a estimé qu'en cas d'acceptation de la responsabilité, «les membres assument directement une responsabilité subsidiaire».

internationalement illicite⁶⁴³. Cette disposition, qui ne concerne que les relations entre États, a pour objet premièrement de préciser que la responsabilité de l'État qui fournit une aide ou une assistance à un autre État, ou exerce une direction ou un contrôle sur un autre État, dans la commission d'un fait internationalement illicite est sans préjudice de la responsabilité éventuelle de l'État commettant le fait. De plus, comme expliqué dans le commentaire de l'article 19, l'article vise également à indiquer que «les dispositions du chapitre sont sans préjudice de toute autre base permettant d'établir la responsabilité de l'État qui fournit une aide, donne des directives ou contraint, en application de toute règle du droit international définissant un comportement particulier comme illicite» et à préserver la responsabilité de tout autre État «auquel le comportement internationalement illicite peut aussi être attribuable en vertu d'autres dispositions des présents articles»⁶⁴⁴.

3) Une disposition «sans préjudice» analogue semble moins nécessaire dans un chapitre concernant la responsabilité de l'État qui figure dans un projet sur la responsabilité des organisations internationales. Il n'est guère besoin de préserver la responsabilité qui peut être celle des États en application des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et non du présent projet d'articles. En revanche, une disposition «sans préjudice» analogue à celle de l'article 19 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite aurait une certaine raison d'être si elle concernait les organisations internationales. L'absence dans le chapitre d'une disposition comparable à l'article 19 aurait pu susciter des doutes. En outre, au moins dans le cas de l'État qui fournit une aide ou une assistance à une organisation internationale ou qui exerce une direction et un contrôle sur une telle organisation dans la commission d'un fait internationalement illicite, il n'est pas inutile de dire que la responsabilité de l'État est sans préjudice de celle de la responsabilité de l'organisation internationale qui commet le fait.

4) Dans le présent projet d'article, le terme «État» qui figure à l'article 19 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite a été remplacé par «organisation internationale».

⁶⁴³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10 et Corr. 1)*, p. 178.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 179.

CHAPITRE VIII

RÉSERVES AUX TRAITÉS

A. Introduction

92. Par sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission du droit international d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé «Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités».

93. À sa quarante-sixième session (1994), la Commission a nommé M. Alain Pellet Rapporteur spécial pour ce sujet⁶⁴⁵.

94. À sa quarante-septième session (1995), la Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial⁶⁴⁶.

95. À l'issue de cet examen, le Rapporteur spécial a résumé les conclusions qu'il tirait des débats de la Commission sur le sujet; celles-ci avaient trait au titre du sujet, qui devrait se lire dorénavant «Réserves aux traités», à la forme du résultat de l'étude, qui devrait se présenter comme un guide de la pratique en matière de réserves, à la souplesse avec laquelle les travaux devraient être conduits et au consensus qui s'était dégagé au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986⁶⁴⁷. De l'avis de la Commission, ces conclusions constituaient le résultat de l'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale dans ses résolutions 48/31 du 9 décembre 1993 et 49/51 du 9 décembre 1994. Quant au Guide de la pratique, il se présenterait sous la forme de directives accompagnées de commentaires, qui seraient utiles pour la pratique des États et des organisations internationales; ces directives seraient, au besoin, accompagnées de clauses types.

⁶⁴⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/49/10)*, par. 382.

⁶⁴⁶ A/CN.4/470 et Corr.1.

⁶⁴⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 10 (A/50/10)*, par. 491.

96. En 1995, conformément à sa pratique antérieure⁶⁴⁸, la Commission a autorisé le Rapporteur spécial à établir un questionnaire détaillé sur les réserves aux traités pour s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les États et les organisations internationales, particulièrement celles qui étaient dépositaires de conventions multilatérales. Ce questionnaire a été adressé à ses destinataires par le secrétariat. Dans sa résolution 50/45 du 11 décembre 1995, l'Assemblée générale a pris note des conclusions de la Commission, qu'elle a invitée à poursuivre ses travaux selon les modalités indiquées dans son rapport, et elle a aussi invité les États à répondre au questionnaire⁶⁴⁹.

97. À sa quarante-huitième session (1996), la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet⁶⁵⁰. Le Rapporteur spécial avait annexé à son rapport un projet de résolution de la Commission du droit international sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, établi à l'intention de l'Assemblée générale en vue d'appeler l'attention sur les données juridiques du problème et de les clarifier⁶⁵¹.

98. À sa quarante-neuvième session (1997), la Commission a adopté des conclusions préliminaires sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme⁶⁵².

99. Dans sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a pris note des conclusions préliminaires de la Commission ainsi que du fait que celle-ci avait invité tous les organes créés par des traités multilatéraux normatifs à formuler par écrit leurs commentaires et observations sur ces conclusions, et elle a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importait qu'ils communiquent à la Commission du droit international leurs vues sur les conclusions préliminaires.

⁶⁴⁸ Voir *Annuaire ... 1993*, vol. II (deuxième partie), par. 286.

⁶⁴⁹ Au 31 juillet 2003, 33 États et 25 organisations internationales avaient répondu au questionnaire.

⁶⁵⁰ A/CN.4/477 et Add.1.

⁶⁵¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, par. 137.

⁶⁵² *Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 157.

100. De sa cinquante-sixième session (1998) à sa cinquante-septième session (2005), la Commission a examiné 8 autres rapports⁶⁵³ du Rapporteur spécial⁶⁵⁴ et adopté à titre provisoire 71 projets de directives et les commentaires y relatifs.

B. Examen du sujet à la présente session

101. À la présente session, la Commission était saisie de la deuxième partie du dixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/558/Add.1 et Corr.1 et 2 et Add.2) consacré à la validité des réserves ainsi qu'à la notion d'objet et de but du traité. À cet égard, le Rapporteur spécial avait aussi, après le débat qui avait eu lieu à la cinquante-septième session (2005), établi une note (A/CN.4/572 et Corr.1) sur le projet de directive 3.1.5 (Définition de l'objet et du but du traité) qui contient une nouvelle version de ce projet de directive, sous la forme de deux variantes. Le Rapporteur spécial a également présenté son onzième rapport (A/CN.4/574) et la Commission a décidé de l'examiner à sa cinquante-neuvième session (2007).

102. La Commission a examiné la deuxième partie du dixième rapport du Rapporteur spécial à ses 2888^e et 2889^e séances, les 5, 6, 7 et 11 juillet 2006.

103. À sa 2891^e séance, tenue le 11 juillet 2006, la Commission a décidé de renvoyer les projets de directives 3.1.5 à 3.1.13, 3.2, 3.2.1 à 3.2.4, 3.3 et 3.3.1 au Comité de rédaction.

104. À sa 2883^e séance, le 6 juin 2006, la Commission a examiné et adopté à titre provisoire les projets de directives 3.1 (Validité matérielle d'une réserve), 3.1.1 (Réserves expressément interdites par le traité), 3.1.2 (Définition des réserves déterminées), 3.1.3 (Validité des réserves non interdites par le traité) et 3.1.4 (Validité des réserves déterminées). En outre, la Commission a adopté à titre provisoire les projets de directives 1.6 (Portée des définitions) et 2.1.8 [2.1.7 bis] (Procédure en cas de réserve manifestement non valide) tels que remaniés.

105. Ces projets de directives avaient déjà été renvoyés au Comité de rédaction à la cinquante-septième session (2005).

⁶⁵³ Troisième rapport (A/CN.4/491 et Corr.1 (anglais seulement), Add.1, Add.2 et Corr.1, Add.3 et Corr.1 (arabe, français, russe seulement), Add.4 et Corr.1, Add.5 et Add.6 et Corr.1); quatrième rapport (A/CN.4/499); cinquième rapport (A/CN.4/508 et Add.1 à 4); sixième rapport (A/CN.4/518 et Add.1 à 3); septième rapport (A/CN.4/526 et Add.1 à 3); huitième rapport (A/CN.4/535 et Add.1); neuvième rapport (A/CN.4/544), et dixième rapport (A/CN.4/558 et Corr.1, Add.1 et Corr.1 et Add.2).

⁶⁵⁴ Pour une présentation historique détaillée, voir *Documents officiels, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/59/10), par. 257 à 269.

106. À ses 2911^e et 2912^e séances, les 9 et 10 août 2006, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux projets de directives précités.

107. Le texte de ces projets de directives et les commentaires y relatifs sont reproduits à la section C.2 ci-après.

1. Présentation de la deuxième partie du dixième rapport par le Rapporteur spécial

108. Le Rapporteur spécial a rappelé que, faute de temps, une partie de son dixième rapport n'a pas pu être examinée de manière approfondie lors de la précédente session de la Commission tandis que la dernière partie portant sur la validité des réserves n'a pas été examinée du tout. En raison des critiques que la définition de l'objet et du but du traité avaient suscitées au cours du débat pendant la cinquante-septième session, le Rapporteur spécial a formulé une nouvelle définition de la notion d'objet et de but du traité (A/CN.4/572 et Corr.1)⁶⁵⁵. Cette nouvelle définition comportait deux variantes, pas très différentes dans leur esprit général, mais dont il préférait la première. En présentant l'additif 2 au dixième rapport, le Rapporteur spécial s'est efforcé de répondre de manière pragmatique à deux questions importantes et difficiles, à savoir qui a compétence pour apprécier la validité des réserves et quelles sont les conséquences d'une réserve non valide.

109. S'agissant du projet de directive 3.2⁶⁵⁶, le Rapporteur spécial a mentionné qu'il résulte des articles 20, 21 et 23 des Conventions de Vienne que chaque État ou organisation internationale

⁶⁵⁵ **Alternative 1:**

3.1.5 Définition de l'objet et du but du traité

Aux fins de l'appréciation de la validité des réserves, on entend par objet et but du traité les règles, droits et obligations essentiels, indispensables à l'économie générale du traité, qui en constituent la raison d'être et dont la modification ou l'exclusion porteraient gravement atteinte à l'équilibre conventionnel.

Alternative 2:

3.1.5 Incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité

Une réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité si elle porte gravement atteinte à des règles, droits ou obligations essentiels, indispensables à l'économie générale du traité, le vidant ainsi de sa raison d'être.

⁶⁵⁶ **3.2 Compétence pour apprécier la validité des réserves**

Ont compétence pour se prononcer sur la validité de réserves à un traité formulées par un État ou une organisation internationale:

- Les autres États contractants [y compris, le cas échéant, leurs tribunaux internes] ou les autres organisations contractantes;

contractant peut apprécier la validité des réserves formulées à l'égard d'un traité. À cet égard le mot «État» désignait l'ensemble de l'appareil étatique, y compris, le cas échéant, les tribunaux nationaux. Cette appréciation pourrait aussi être le fait des tribunaux de l'État auteur de la réserve eux-mêmes bien que le Rapporteur spécial ne connût qu'un seul cas dans lequel une juridiction nationale a déclaré non valide une réserve formulée par l'État⁶⁵⁷. Pour tenir compte de cette possibilité, il faudrait modifier la rédaction du premier alinéa du projet de directive 3.2 et supprimer le mot «autres» avant «États contractants» et «organisations contractantes».

Les organes de règlement des différends ainsi que les organes de contrôle de l'application du traité peuvent aussi se prononcer sur la validité des réserves. Mais il convient de remarquer que la catégorie des organes de contrôle est relativement nouvelle et n'est apparue dans toute son ampleur qu'après l'adoption de la Convention de Vienne de 1969.

110. Les considérations qui ont conduit la Commission en 1997 à adopter les conclusions préliminaires sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris ceux relatifs aux droits de l'homme, s'imposent tout autant à l'heure actuelle. Le troisième alinéa du projet de directive 3.2 correspond à la pratique et au paragraphe 5 des conclusions préliminaires.

111. Le projet de directive 3.2.1⁶⁵⁸ précise cette idée tout en indiquant que, ce faisant, les organes de contrôle ne peuvent pas aller plus loin que ce à quoi les autorise leur mandat général. S'ils ont des pouvoirs de décision, ils peuvent décider aussi en matière de validité des réserves et leurs décisions à cet égard s'imposent aux États parties; autrement ils ne peuvent faire que des recommandations. Ceci correspond aussi au paragraphe 8 des conclusions préliminaires.

-
- Les organes de règlement des différends éventuellement compétents pour interpréter ou appliquer le traité; et
 - Les organes de contrôle de l'application du traité qui peuvent être créés par le traité.

⁶⁵⁷ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 17 décembre 1991, dans l'affaire *Elisabeth B c. Conseil d'État du canton de Thurgovie* (*Journal des Tribunaux*, I. *Droit fédéral*, 1995, p. 523 à 537).

⁶⁵⁸ 3.2.1 Compétence des organes de contrôle créés par le traité

Lorsqu'un traité crée un organe chargé de contrôler l'application du traité, cet organe a compétence, en vue de s'acquitter des fonctions dont il est chargé, pour apprécier la validité des réserves formulées par un État ou une organisation internationale.

Les conclusions formulées par un tel organe dans l'exercice de cette compétence ont la même valeur juridique que celle découlant de l'exercice de sa fonction générale de contrôle.

112. Le projet de directive 3.2.2⁶⁵⁹ fait écho au paragraphe 7 des conclusions préliminaires sous forme de recommandation et est bien dans l'esprit pédagogique du Guide de la pratique, tout comme le projet de directive 3.2.3⁶⁶⁰ qui rappelle aux États et organisations internationales qu'ils doivent appliquer les décisions de ces organes (lorsqu'ils ont un tel pouvoir) ou tenir compte de bonne foi de leurs recommandations.

113. Le projet de directive 3.2.4⁶⁶¹, correspondant au paragraphe 6 des conclusions préliminaires de 1997, rappelle que, lorsque plusieurs modes d'appréciation de la validité des réserves coexistent, ils ne s'excluent pas individuellement mais se renforcent.

114. La dernière subdivision du dixième rapport traitait des conséquences de la non-validité d'une réserve, question qui constitue l'une des lacunes les plus graves des Conventions de Vienne en la matière, qui sont muettes sur ce point, fût-ce délibérément ou non.

115. Malgré les positions d'une certaine partie de la doctrine qui distingue entre les alinéas *a* et *b* de l'article 19 d'une part et l'alinéa *c* de l'autre, le Rapporteur spécial a estimé que les trois alinéas ont la même fonction (ce que confirment les travaux préparatoires, la pratique et la

⁶⁵⁹ **3.2.2** **Clauses précisant la compétence des organes de contrôle en matière d'appréciation de la validité des réserves**

Les États ou les organisations internationales devraient insérer, dans les traités créant des organes de contrôle de leur application, des clauses précisant la nature et, le cas échéant, les limites des compétences de ces organes en matière d'appréciation de la validité des réserves. Des protocoles aux traités existants pourraient être adoptés aux mêmes fins.

⁶⁶⁰ **3.2.3** **Coopération des États et des organisations internationales avec les organes de contrôle**

Les États et les organisations internationales qui ont formulé des réserves à un traité instituant un organe de contrôle de son application doivent coopérer avec cet organe et tenir pleinement compte de l'appréciation par celui-ci de la validité des réserves qu'ils ont formulées. Lorsque l'organe en question dispose d'un pouvoir de décision, l'auteur de la réserve est tenu de mettre en œuvre la décision de cet organe [dès lors que celui-ci agit dans les limites de ses compétences].

⁶⁶¹ **3.2.4** **Pluralité d'instances compétentes pour apprécier la validité des réserves**

Lorsque le traité crée un organe de contrôle de son application, la compétence de cet organe n'exclut ni n'affecte d'une autre manière la compétence pour apprécier la validité de réserves à un traité formulées par un État ou une organisation internationale des autres États contractants et des autres organisations internationales contractantes, ni des organes de règlement des différends éventuellement compétents pour interpréter ou appliquer le traité.

jurisprudence). Cette unité de l'article 19, que confirme le paragraphe 1 de l'article 21 des Conventions de Vienne, est exprimée par le projet de directive 3.3⁶⁶².

116. Le Rapporteur spécial s'est par la suite efforcé de répondre à certaines questions auxquelles une réponse peut être apportée à ce stade. Le projet de directive 3.3.1⁶⁶³ précise que la formulation d'une réserve non valide pose des problèmes de validité et non de responsabilité de son auteur. En conséquence, le projet de directive 3.3.2⁶⁶⁴ exprime l'idée qu'une réserve qui ne remplit pas les conditions de validité posées à l'article 19 des Conventions de Vienne est nulle de plein droit.

117. Le projet de directive 3.3.3⁶⁶⁵ exprime l'idée que les autres Parties contractantes ne peuvent pas remédier à la nullité d'une réserve qui ne répond pas aux critères de l'article 19, lorsqu'elles agissent unilatéralement. Si le contraire était vrai l'unité de régime conventionnel volerait en éclats, ce qui serait incompatible avec le principe de la bonne foi.

118. Le Rapporteur spécial a estimé que ce que les Parties contractantes ne peuvent pas faire unilatéralement, elles pourraient le faire collectivement à condition qu'elles le fassent expressément, ce qui revient à une modification du traité. En effet, si toutes les Parties acceptent formellement une réserve a priori non valide, on peut considérer qu'elles modifient le traité par

⁶⁶² 3.3 Conséquences de la non-validité d'une réserve

Une réserve formulée en dépit de l'interdiction expresse ou implicite résultant des dispositions du traité ou de son incompatibilité avec l'objet et le but du traité n'est pas valide, sans qu'il y ait lieu d'opérer de distinction entre ces deux chefs d'invalidité.

⁶⁶³ 3.3.1 Non-validité des réserves et responsabilité

La formulation d'une réserve non valide produit ses effets dans le cadre du droit des traités. Elle n'engage pas en tant que telle la responsabilité de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée.

⁶⁶⁴ 3.3.2 Nullité des réserves non valides

Une réserve ne remplissant pas les conditions de validité posées dans la directive 3.1 est nulle de plein droit.

⁶⁶⁵ 3.3.3 Effet de l'acceptation unilatérale d'une réserve non valide

L'acceptation d'une réserve par un État contractant ou par une organisation internationale contractante n'a pas pour effet de remédier à la nullité de la réserve.

accord unanime comme l'article 39 des Conventions de Vienne les y autorise. Telle est l'idée exprimée par le projet de directive 3.3.4⁶⁶⁶.

2. Résumé du débat

119. En ce qui concerne le projet de directive 3.1.5, on a fait remarquer – se référant à la nouvelle version présentée par le Rapporteur spécial – que l'équilibre conventionnel n'existe pas nécessairement dans tous les traités, en particulier si ceux-ci portent sur les droits de l'homme. L'objet et but d'un traité relève plutôt de la finalité qui sous-tend les règles, droits et obligations essentiels que de ceux-ci directement.

120. Selon un autre point de vue la référence aux «règles, droits et obligations essentielles» figurant dans la nouvelle version remplaçait mieux la «raison d'être» d'un traité.

121. On a aussi fait observer que ce projet de directive, dans sa version remaniée, contenait des termes difficiles à comprendre et à interpréter et extrêmement «subjectifs». La version originale accompagnée d'un commentaire explicatif serait plus appropriée pour la compréhension de la notion d'objet et de but. On a aussi relevé que l'expression «porteraient gravement atteinte» semblait rendre très restrictif le champ d'application de ce projet de directive. On a fait remarquer qu'une réserve, sans nécessairement compromettre la raison d'être du traité, peut néanmoins en compromettre une part essentielle en allant à l'encontre de son objet et de son but.

122. L'avis a aussi été exprimé que lorsqu'un traité interdit toute réserve, il n'y a pas lieu de croire que toutes les dispositions du traité constituent sa raison d'être et inversement lorsqu'un traité autorise des réserves spécifiques, cela ne veut pas nécessairement dire que les dispositions particulières qui peuvent faire l'objet de réserves ne sont pas essentielles. Le contexte politique dans lequel le traité a été conclu doit aussi être pris en considération.

⁶⁶⁶ 3.3.4 Effet de l'acceptation collective d'une réserve non valide

Une réserve interdite expressément ou implicitement par le traité ou incompatible avec son objet et son but peut être formulée par un État ou une organisation internationale si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection après consultation expresse par le dépositaire.

En procédant à cette consultation, le dépositaire attire l'attention des États et organisations internationales signataires et des États et organisations internationales contractants et, le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause, sur la nature des problèmes juridiques posés par la réserve.

123. S'agissant du projet de directive 3.1.6, on a fait valoir que la référence aux articles qui «déterminent l'économie générale» du traité présupposait que l'objet et le but d'un traité sont définis dans certaines dispositions du traité, ce qui n'est pas nécessairement le cas. La référence à la pratique ultérieure pourrait aussi être supprimée, car c'était l'intention des parties au moment de la conclusion du traité qui devrait être considérée avant tout. On a aussi relevé qu'il ne fallait pas retenir la référence à la pratique ultérieurement suivie par les parties tant pour des raisons de consistance avec les décisions précédentes de la Commission que pour la stabilité des relations conventionnelles. Selon un autre avis il fallait au contraire retenir la référence à la pratique ultérieure, qui constituait un élément d'interprétation essentiel selon l'article 31 des Conventions de Vienne.

124. Quant au projet de directive 3.1.7 on a fait observer que même si les réserves sont vagues et générales elles ne sont pas nécessairement incompatibles avec l'objet et le but du traité pouvant n'avoir d'incidence que sur des questions de moindre importance.

125. Plusieurs membres ont soutenu le projet de directive 3.1.8.

126. Eu égard au projet de directive 3.1.9, l'avis a été exprimé qu'il serait possible de formuler une réserve à un aspect d'une disposition énonçant une règle de *jus cogens* sans pour autant contredire la règle de *jus cogens* elle-même.

127. Quant au projet de directive 3.1.10, on a fait observer qu'une réserve peut être faite à une disposition portant sur des droits indérogeables tant qu'elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité dans son ensemble.

128. Plusieurs membres se sont exprimés en faveur des projets de directives 3.1.11, 3.1.12 et 3.1.13.

129. Selon un point de vue, une autre catégorie de réserves méritait d'être incluse, celle des réserves aux dispositions concernant l'application des traités à travers la législation nationale.

130. S'agissant du projet de directive 3.2 on a fait valoir que la compétence des organes de contrôle n'est pas automatique si elle n'est pas prévue par le traité. D'autre part l'avis a été exprimé qu'il fallait utiliser le terme «organes de contrôle établis dans le cadre du traité» plutôt que «par le traité» pour inclure des organes créés ultérieurement, tel le Comité des droits

économiques, sociaux et culturels. De même on s'est demandé si les organes de contrôle dotés de fonctions quasi judiciaire pouvaient se prononcer sur la légalité des réserves formulées par les États, même si une telle compétence n'était pas expressément prévue par le traité.

131. On a aussi considéré que ce projet de directive s'écarte du droit conventionnel positif et de la pratique des États en conférant compétence aux organes de contrôle pour se prononcer sur (et non simplement évaluer) la validité des réserves. D'autres membres ont émis l'avis contraire.

132. Quelques membres ont estimé que les projets de directives 3.2.1 et 3.2.2 devraient préciser que les organes de contrôle ont compétence dans la limite prévue par le traité. L'avis a aussi été exprimé que les organes de contrôle ne prenaient pas en considération les positions adoptées par les États contractants; cet aspect se trouvait au cœur de la problématique relative à la compétence de ces organes pour apprécier la validité des réserves.

133. D'autre part, parmi les organes de règlement des différends, les organes judiciaires méritaient une mention particulière car leurs décisions produisaient des effets très différents de ceux que produisaient les décisions des autres organes.

134. Selon un autre point de vue, des autorités nationales autres que des tribunaux pourraient être amenées à examiner, dans le cadre de leur compétence, la validité de certaines réserves formulées par d'autres États.

135. Il a été relevé que la référence à des protocoles pouvait comporter le risque de les utiliser afin de limiter ou de critiquer la compétence des organes de contrôle.

136. On a aussi fait observer que le projet de directive 3.2.4 ne répondait pas à des questions qui pourraient se poser, en cas de divergences entre les différentes instances sur la qualification et la validité de la réserve.

137. On a estimé que comme la Commission avait décidé de ne pas mentionner les interdictions implicites, il faudrait supprimer ce terme du projet de directive 3.3.

138. En ce qui concerne le projet de directive 3.3.1, l'avis a été exprimé que la Commission ne devait pas se prononcer à ce stade sur l'engagement ou non de la responsabilité internationale d'un État ou d'une organisation internationale qui a formulé une réserve non valide. Il a été dit qu'une telle proposition ne semble pas être compatible avec le droit de la responsabilité

internationale et pourrait même encourager les États à formuler des réserves non valides en raison du fait que leur responsabilité ne serait pas engagée.

139. Quant aux projets de directives 3.3.2, 3.3.3 et 3.3.4, on a relevé qu'ils soulèvent des questions qu'il serait prématuré de trancher au stade actuel des travaux. Il fallait donc en poursuivre l'examen et ne pas les envoyer au Comité de rédaction.

140. L'avis a été exprimé qu'une réserve ne peut pas être nulle de plein droit car une telle réserve peut avoir des effets dans certaines situations.

141. Plusieurs membres ont exprimé leur doute quant aux projets de directives 3.3.3 et 3.3.4 en relevant des contradictions et des ambiguïtés. Ils n'étaient pas non plus d'accord avec le rôle d'arbitre qui semblait être conféré au depositaire en matière de réserves.

142. On s'est même demandé si la Commission devrait se pencher sur les conséquences de la non-validité des réserves qui n'étaient pas abordées, peut-être sagement, dans les Conventions de Vienne. Cette lacune ne devrait pas être comblée; le régime qui laissait aux États la faculté de se prononcer sur la validité des réserves et d'en tirer ou non les conséquences existait et il n'y avait pas lieu de le changer.

143. En évoquant l'article 20 des Conventions de Vienne qui traitait des acceptations des réserves et des objections aux réserves on a relevé que la lacune normative de la Convention de Vienne ne permettait pas de répondre à la question de savoir si cet article s'appliquait aussi aux réserves non valides. En outre, dans la pratique, les États s'appuyaient sur l'article 20 afin d'objecter à des réserves qu'ils considéraient comme incompatibles avec l'objet et le but du traité tout en maintenant des relations contractuelles entre eux et l'État auteur de la réserve. Le Guide de la pratique devrait tenir compte de cette pratique et orienter les États au cas où elle serait incompatible avec le régime de Vienne.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

144. À la fin du débat, le Rapporteur spécial a constaté que la richesse de celui-ci lui a permis de prendre connaissance de points de vue divers sur des problèmes importants et de commentaires intéressants, qui contribuent de manière constructive au travail de la Commission.

145. S'agissant des projets de directives 3.1.5 et 3.1.6, il a constaté que les participants au débat avaient considéré qu'ils formaient un ensemble aux fins de définir le concept d'objet et le but du traité. Les trois versions du projet de directive 3.1.5 proposées en 2005⁶⁶⁷ et en 2006⁶⁶⁸ pourraient servir de base pour une définition possible étant entendu qu'une part de subjectivité était inhérente à ce concept.

146. Comme les États contractants pourraient avoir des vues divergentes sur ce qui constitue la partie essentielle d'un traité, il était convaincu que l'on devrait s'efforcer d'identifier le point d'équilibre, exprimé dans l'idée d'«économie générale» du traité ou «équilibre conventionnel». Il a toutefois noté que cette dernière expression n'avait, en règle générale, pas été approuvée et que l'expression «règles, droits et obligations essentiels» avait paru préférable à «dispositions essentielles» du traité.

147. Il était sensible à l'argument selon lequel l'expression «raison d'être» du traité n'était pas facile à cerner puisqu'un traité peut en avoir plusieurs selon qu'il poursuit un ou plusieurs objectifs ou en fonction des attentes de chaque Partie. En revanche, il ne pensait pas que le terme «gravement» dans l'expression «[porteraient] gravement atteinte» était superflu: étant donné que, par définition, une réserve porte atteinte à l'intégrité du traité, il était logique de supposer que seule une atteinte grave était susceptible de compromettre le but et l'objet du traité.

148. En ce qui concerne le projet de directive 3.1.6, il était sceptique quant à l'opportunité d'y inclure la pratique ultérieurement suivie par les parties bien qu'une majorité s'y fût montrée favorable. Certes, le traité menait sa vie propre mais il ne fallait pas oublier que la réserve était formulée habituellement au début de la vie du traité, quand la pratique n'avait pas encore une signification majeure. Dans le même ordre d'idées, il n'était pas sûr que le concept d'objet et de but du traité lui-même puisse évoluer dans le temps.

149. Se tournant vers les projets de directives 3.1.7 à 3.1.13, le Rapporteur spécial a noté qu'ils étaient généralement approuvés ainsi que l'approche pragmatique qui les inspirait. Il n'était pas sûr d'avoir saisi en quoi la nouvelle catégorie de réserves, qu'un membre avait proposée, à savoir celle des réserves aux dispositions concernant l'application des traités à travers la législation

⁶⁶⁷ A/CN.4/558/Add.2, annexe.

⁶⁶⁸ A/CN.4/572, par. 7 et 8.

nationale serait différente de celle incluse au projet de directive 3.1.11; il n'était cependant pas opposé à ce que le Comité de rédaction réfléchisse à l'opportunité d'ajouter un projet de directive à leur sujet. Il était sensible à l'argument de plusieurs membres selon lequel les termes vagues et généraux d'une réserve pourraient être la cause de sa non-validité, mais pour des raisons autres que l'incompatibilité de telles réserves avec l'objet et le but du traité.

150. Quant au projet de directive 3.1.9, quelques membres partageaient les doutes que lui-même avait exprimés au cours de la précédente session. Il était en outre d'accord avec l'avis selon lequel ce projet de directive était basé sur l'article 53 de la Convention de Vienne et non sur l'article 19 c) de cette dernière.

151. Il était aussi sensible à la préoccupation de certains membres qui estimaient que les réserves à des dispositions portant sur des droits indérogeables devraient constituer l'exception et être strictement limitées; mais ceci concernait la rédaction du projet de directive 3.1.10 et ne remettait pas en cause le principe le sous-tendant.

152. Le Rapporteur spécial a noté avec satisfaction qu'aucun membre n'a contesté que les États ou organisations internationales contractants ont compétence pour apprécier la validité des réserves. Il a trouvé aussi intéressants les commentaires de plusieurs membres sur la relation entre ce principe et l'article 20 de la Convention de Vienne mais a estimé qu'il conviendrait d'y revenir lorsque seraient étudiés les effets des acceptations des réserves et des objections.

153. Quant à la compétence des organes de règlement des différends ou des organes de contrôle de l'application du traité pour apprécier la validité des réserves, il a rappelé qu'il a simplement pris note de la pratique sans «conférer» (ou refuser de conférer) des pouvoirs à ces organes qui, à son avis, ne sauraient avoir, en la matière, des compétences supérieures à celles de droit commun leur appartenant.

154. Il a aussi rappelé que tous ces projets de directives étaient en conformité avec les Conclusions préliminaires de la Commission de 1997. Il a rappelé son souhait de suppression du mot «autres» dans la phrase «autres États ... organisations contractantes» dans le projet de directive 3.2 étant donné que les tribunaux internes pouvaient éventuellement apprécier la validité des réserves formulées par leur propre État.

155. Par ailleurs, le Rapporteur spécial pensait que le Comité de rédaction pourrait réfléchir sur la possibilité de compléter le projet de directive 3.2.4 par un projet qui stipulerait que les organes de contrôle devraient aussi prendre en considération les appréciations des États contractants quant à la validité des réserves.

156. Quant au projet de directive 3.3.1, il était convaincu qu'une réserve non valide ne violait pas le traité auquel elle se rapportait et n'engageait pas la responsabilité de son auteur; si la réserve était valide, elle était nulle.

157. En concluant, le Rapporteur spécial a estimé qu'il serait préférable de reporter une décision sur les projets de directives 3.3.2, 3.3.3 et 3.3.4 jusqu'à ce que la Commission considère l'effet des objections aux réserves et de l'acceptation des réserves.

C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement à ce jour par la Commission

1. Texte des projets de directives

158. Le texte des projets de directives provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après:

RÉSERVES AUX TRAITÉS

Guide de la pratique

Note explicative⁶⁶⁹

Certains projets de directives du Guide de la pratique sont assortis de clauses types. L'adoption de ces clauses types peut présenter des avantages dans certaines circonstances. Afin d'apprécier les circonstances dans lesquelles il serait approprié de recourir à ces clauses particulières, il convient de se reporter aux commentaires.

⁶⁶⁹ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 166.

1. Définitions

1.1 Définition des réserves⁶⁷⁰

L'expression «réserve» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite 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, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation.

1.1.1 [1.1.4]⁶⁷¹ Objet des réserves⁶⁷²

Une réserve vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui la formule.

1.1.2 Cas dans lesquels une réserve peut être formulée⁶⁷³

Les cas dans lesquels une réserve peut être formulée en vertu de la directive 1.1 incluent l'ensemble des modes d'expression du consentement à être lié par un traité mentionnés à l'article 11 des Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986.

⁶⁷⁰ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10), p. 214 à 216.

⁶⁷¹ Le numéro entre crochets indique le numéro de ce projet de directive dans le rapport du Rapporteur spécial ou, le cas échéant, le numéro originel d'un projet de directive figurant dans le rapport du Rapporteur spécial qui a été incorporé au projet de directive final.

⁶⁷² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 169 à 174.

⁶⁷³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10), p. 221 à 224.

1.1.3 [1.1.8] Réserves à portée territoriale⁶⁷⁴

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure l'application d'un traité ou de certaines de ses dispositions à un territoire auquel ce traité serait appliqué en l'absence d'une telle déclaration constitue une réserve.

1.1.4 [1.1.3] Réserves formulées à l'occasion d'une notification d'application territoriale⁶⁷⁵

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité à l'égard d'un territoire au sujet duquel il fait une notification d'application territoriale du traité constitue une réserve.

1.1.5 [1.1.6] Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur⁶⁷⁶

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle son auteur vise à limiter les obligations que lui impose le traité, constitue une réserve.

1.1.6 Déclarations visant à s'acquitter d'une obligation par équivalence⁶⁷⁷

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à s'acquitter d'une obligation en vertu du traité d'une manière différente de celle imposée par le traité mais équivalente, constitue une réserve.

⁶⁷⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 224 à 227.

⁶⁷⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 227 et 228.

⁶⁷⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 174 à 178.

⁶⁷⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 179.

1.1.7 [1.1.1] Réserves formulées conjointement⁶⁷⁸

La formulation conjointe d'une réserve par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette réserve.

1.1.8 Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion⁶⁷⁹

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié 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.

1.2 Définition des déclarations interprétatives⁶⁸⁰

L'expression «déclaration interprétative» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions.

1.2.1 [1.2.4] Déclarations interprétatives conditionnelles⁶⁸¹

Une déclaration unilatérale formulée 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, par laquelle cet État ou cette organisation internationale subordonne son consentement à être lié par ce traité à une interprétation spécifiée du traité ou de certaines de ses dispositions, constitue une déclaration interprétative conditionnelle.

⁶⁷⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10), p. 228 à 231.

⁶⁷⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10), p. 205 à 221.

⁶⁸⁰ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10), p. 180 à 184.

⁶⁸¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 194 à 202.

1.2.2 [1.2.1] Déclarations interprétatives formulées conjointement⁶⁸²

La formulation conjointe d'une déclaration interprétative par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette déclaration interprétative.

1.3 Distinction entre réserves et déclarations interprétatives⁶⁸³

La qualification d'une déclaration unilatérale comme réserve ou déclaration interprétative est déterminée par l'effet juridique qu'elle vise à produire.

1.3.1 Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives⁶⁸⁴

Pour déterminer si une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au sujet d'un traité est une réserve ou une déclaration interprétative, il convient d'interpréter cette déclaration de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, à la lumière du traité sur lequel elle porte. Il sera dûment tenu compte de l'intention de l'État ou de l'organisation internationale concerné à l'époque où la déclaration a été formulée.

1.3.2 [1.2.2] Libellé et désignation⁶⁸⁵

Le libellé ou la désignation donné à une déclaration unilatérale constitue un indice de l'effet juridique visé. Il en va ainsi en particulier lorsqu'un État ou une organisation internationale formule plusieurs déclarations unilatérales au sujet d'un même traité et en désigne certaines comme étant des réserves et d'autres comme étant des déclarations interprétatives.

1.3.3 [1.2.3] Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite⁶⁸⁶

Lorsqu'un traité interdit les réserves à l'ensemble de ses dispositions ou à certaines d'entre elles, une déclaration unilatérale formulée à leur sujet par un État ou une organisation

⁶⁸² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 202 à 204.

⁶⁸³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 205 et 206.

⁶⁸⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 206 à 211.

⁶⁸⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 212 à 216.

⁶⁸⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 216 à 218.

internationale est réputée ne pas constituer une réserve, sauf si elle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers dans leur application à son auteur.

1.4 Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives⁶⁸⁷

Les déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité qui ne sont ni des réserves ni des déclarations interprétatives n'entrent pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.1 [1.1.5] Déclarations visant à assumer des engagements unilatéraux⁶⁸⁸

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale en relation avec un traité par laquelle son auteur vise à assumer des obligations allant au-delà de celles que lui impose le traité constitue un engagement unilatéral qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.2 [1.1.6] Déclarations unilatérales visant à ajouter des éléments supplémentaires à un traité⁶⁸⁹

Une déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale vise à ajouter des éléments supplémentaires à un traité constitue une proposition de modification du contenu de celui-ci qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.3 [1.1.7] Déclarations de non-reconnaissance⁶⁹⁰

Une déclaration unilatérale par laquelle un État indique que sa participation à un traité n'implique pas la reconnaissance d'une entité non reconnue par lui constitue une déclaration de non-reconnaissance qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique, même lorsqu'elle vise à exclure l'application du traité entre l'État déclarant et l'entité non reconnue.

⁶⁸⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 218 à 220.

⁶⁸⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 220 à 222.

⁶⁸⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 222 et 223.

⁶⁹⁰ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 224 à 228.

1.4.4 [1.2.5] Déclarations de politique générale⁶⁹¹

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale par laquelle cet État ou cette organisation exprime ses vues au sujet d'un traité ou du domaine couvert par celui-ci sans viser à avoir un effet juridique sur le traité, constitue une déclaration de politique générale qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.5 [1.2.6] Déclarations relatives à la mise en œuvre d'un traité au plan interne⁶⁹²

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale par laquelle cet État ou cette organisation indique la manière dont il ou elle mettra en œuvre un traité au plan interne, mais qui ne vise pas à avoir d'incidence en tant que telle sur ses droits et obligations vis-à-vis des autres Parties contractantes, constitue une déclaration informative qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative⁶⁹³

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.

1.4.7 [1.4.8] Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité⁶⁹⁴

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

⁶⁹¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 228 à 232.

⁶⁹² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 232 à 236.

⁶⁹³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 222 à 229.

⁶⁹⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 229 à 235.

entre deux ou plusieurs dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.5 Déclarations unilatérales relatives aux traités bilatéraux⁶⁹⁵

1.5.1 [1.1.9] «Réserves» aux traités bilatéraux⁶⁹⁶

Une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, formulée par un État ou par une organisation internationale après le paraphe ou la signature mais avant l'entrée en vigueur d'un traité bilatéral, par laquelle cet État ou cette organisation vise à obtenir de l'autre partie une modification des dispositions du traité à laquelle il subordonne l'expression de son consentement définitif à être lié par le traité ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.5.2 [1.2.7] Déclarations interprétatives de traités bilatéraux⁶⁹⁷

Les projets de directives 1.2 et 1.2.1 sont applicables aux déclarations interprétatives relatives aussi bien aux traités multilatéraux qu'aux traités bilatéraux.

1.5.3 [1.2.8] Effet juridique de l'acceptation de la déclaration interprétative d'un traité bilatéral par l'autre partie⁶⁹⁸

L'interprétation résultant d'une déclaration interprétative d'un traité bilatéral faite par un État ou une organisation internationale partie à ce traité et acceptée par l'autre partie constitue l'interprétation authentique de ce traité.

⁶⁹⁵ Pour le commentaire, voir *ibid.*, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10), p. 236 et 237.

⁶⁹⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 237 à 246.

⁶⁹⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 247 à 250.

⁶⁹⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 250 et 251.

1.6 Portée des définitions⁶⁹⁹

Les définitions de déclarations unilatérales figurant dans le présent chapitre du Guide de la pratique sont sans préjudice de la validité et des effets de ces déclarations au regard des règles qui leur sont applicables.

1.7 Alternatives aux réserves et déclarations interprétatives⁷⁰⁰

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternatives aux réserves⁷⁰¹

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 interprétatives⁷⁰²

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 expresses visant à l'interpréter;
- La conclusion d'un accord complémentaire à cette fin.

⁶⁹⁹ Ce projet de directive a été réexaminé et modifié au cours de la cinquante-huitième session (2006). Pour le nouveau commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁷⁰⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, cinquante-cinquième session, *Supplément n° 10* (A/55/10), p. 235 et 236.

⁷⁰¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 237 à 256.

⁷⁰² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 256 à 258.

2. Procédure

2.1 Forme et notification des réserves

2.1.1 Forme écrite⁷⁰³

Une réserve doit être formulée par écrit.

2.1.2 Forme de la confirmation formelle⁷⁰⁴

La confirmation formelle d'une réserve doit être faite par écrit.

2.1.3 Formulation d'une réserve au plan international⁷⁰⁵

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires de traités, une personne est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour formuler une réserve:

a) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés aux fins de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité à l'égard duquel la réserve est formulée ou de l'expression du consentement de l'État ou de l'organisation à être lié par ce traité; ou

b) S'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme ayant compétence à cette fin sans présentation de pleins pouvoirs.

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant un État pour formuler une réserve au plan international:

a) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;

b) Les représentants accrédités par les États à une conférence internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette conférence;

⁷⁰³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10), p. 69 à 74.

⁷⁰⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 74 et 75.

⁷⁰⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 75 à 82.

c) Les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation ou de cet organe;

d) Les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité conclu entre les États accréditants et cette organisation.

2.1.4 [2.1.3 bis, 2.1.4] Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves⁷⁰⁶

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre au plan interne pour formuler une réserve relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

Le fait qu'une réserve ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des réserves ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette réserve.

2.1.5 Communication des réserves⁷⁰⁷

Une réserve doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

Une réserve à un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou à un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.

⁷⁰⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 82 à 87.

⁷⁰⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 87 à 101.

2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] Procédure de communication des réserves⁷⁰⁸

À moins que le traité n'en dispose ou que les États contractants et organisations contractantes n'en conviennent autrement, une communication relative à une réserve à un traité est transmise:

- i) S'il n'y a pas de dépositaire, directement par l'auteur de la réserve aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties; ou,
- ii) S'il y a un dépositaire, à ce dernier, qui en informe dans les meilleurs délais les États et organisations auxquels elle est destinée.

Une communication relative à une réserve n'est considérée comme ayant été faite par l'auteur de la réserve qu'à partir de sa réception par l'État ou l'organisation auquel elle est transmise ou, le cas échéant, par le dépositaire.

Le délai pour formuler une objection à une réserve court à partir de la date à laquelle un État ou une organisation internationale a reçu notification de la réserve.

Lorsqu'une communication relative à une réserve à un traité est effectuée par courrier électronique, ou par télécopie, elle doit être confirmée par note diplomatique ou notification dépositaire. Dans ce cas la communication est considérée comme ayant été faite à la date du courrier électronique ou de la télécopie.

2.1.7 Fonctions du dépositaire⁷⁰⁹

Le dépositaire examine si une réserve à un traité formulée par un État ou une organisation internationale est en bonne et due forme et, le cas échéant, porte la question à l'attention de l'État ou de l'organisation internationale en cause.

⁷⁰⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 102 à 115.

⁷⁰⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 115 à 123.

Lorsqu'une divergence apparaît entre un État ou une organisation internationale et le dépositaire au sujet de l'accomplissement de cette fonction, le dépositaire doit porter la question à l'attention:

- a) Des États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes;
- b) Le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause.

2.1.8 [2.1.7 bis] Procédure en cas de réserves manifestement non valides⁷¹⁰

Lorsqu'une réserve est manifestement non valide de l'avis du dépositaire, celui-ci attire l'attention de l'auteur de la réserve sur ce qui constitue, à son avis, cette non-validité.

Si l'auteur de la réserve maintient celle-ci, le dépositaire en communique le texte aux États et organisations internationales signataires ainsi qu'aux États contractants et organisations internationales contractantes et, le cas échéant, à l'organe compétent de l'organisation internationale en cause, en indiquant la nature des problèmes juridiques posés par la réserve.

2.2.1 Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature du traité⁷¹¹

Lorsqu'elle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, une réserve doit être confirmée formellement par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

⁷¹⁰ Ce projet de directive a été réexaminé et modifié au cours de la cinquante-huitième session (2006). Pour le nouveau commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁷¹¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, cinquante-sixième session, *Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 499 à 507.

2.2.2 [2.2.3] Cas de non-exigence de confirmation des réserves formulées lors de la signature du traité⁷¹²

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime par cette signature son consentement à être lié par le traité.

2.2.3 [2.2.4] Réserves à la signature expressément prévues par le traité⁷¹³

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément qu'un État ou une organisation internationale peut faire une telle réserve à ce stade, ne nécessite pas de confirmation formelle au moment où l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié par le traité...⁷¹⁴.

2.3.1 Formulation tardive d'une réserve⁷¹⁵

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par ce traité, sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

2.3.2 Acceptation de la formulation tardive d'une réserve⁷¹⁶

À moins que le traité n'en dispose autrement ou que la pratique bien établie suivie par le dépositaire soit différente, la formulation tardive d'une réserve est réputée avoir été acceptée par une Partie contractante si celle-ci n'a pas fait objection à cette formulation à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle elle en a reçu notification.

⁷¹² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 508 à 509.

⁷¹³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 510 à 512.

⁷¹⁴ La section 2.3 proposée par le Rapporteur spécial traite de la formulation tardive des réserves.

⁷¹⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 513 à 525.

⁷¹⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 526 à 529.

2.3.3 Objection à la formulation tardive d'une réserve⁷¹⁷

Si une Partie contractante à un traité fait objection à la formulation tardive d'une réserve, le traité entre ou demeure en vigueur à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée sans que la réserve soit établie.

2.3.4 Exclusion ou modification ultérieure des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves⁷¹⁸

Une Partie contractante à un traité ne peut exclure ou modifier l'effet juridique de dispositions du traité par le biais:

- a) De l'interprétation d'une réserve faite antérieurement; ou
- b) D'une déclaration unilatérale ultérieure faite en vertu d'une clause facultative.

2.3.5 Aggravation de la portée d'une réserve⁷¹⁹

La modification d'une réserve existante qui vise à aggraver la portée de celle-ci suit les règles applicables à la formulation tardive d'une réserve. Toutefois, en cas d'objection à une telle modification, la réserve initiale reste inchangée.

2.4 Procédure relative aux déclarations interprétatives⁷²⁰

2.4.1 Formulation des déclarations interprétatives⁷²¹

Une déclaration interprétative doit être formulée par une personne qui est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité.

⁷¹⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 529 à 531.

⁷¹⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 531 à 535.

⁷¹⁹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, *cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, p. 271 à 277.

⁷²⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, *cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 126.

⁷²¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 127 et 128.

[2.4.2 [2.4.1 bis] Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne⁷²²

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre au plan interne pour formuler une déclaration interprétative relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

Le fait qu'une déclaration interprétative ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des déclarations interprétatives ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette déclaration.]

2.4.3 Moment auquel une déclaration interprétative peut être formulée⁷²³

Sous réserve des dispositions des directives 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] et 2.4.7 [2.4.8], une déclaration interprétative peut être formulée à tout moment.

2.4.4 [2.4.5] Non-exigence de confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature du traité⁷²⁴

Une déclaration interprétative faite lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime son consentement à être lié par le traité.

2.4.5 [2.4.4] Confirmation formelle des déclarations interprétatives conditionnelles formulées lors de la signature d'un traité⁷²⁵

Lorsqu'une déclaration interprétative conditionnelle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, elle doit être confirmée formellement par l'État ou par l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le

⁷²² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 128 et 129.

⁷²³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 535 à 537.

⁷²⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 538 et 539.

⁷²⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 539 et 540.

traité. En pareil cas, la déclaration interprétative sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.4.6 [2.4.7] Formulation tardive d'une déclaration interprétative⁷²⁶

Lorsqu'un traité dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite qu'à des moments spécifiés, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative relative à ce traité à un autre moment sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

[2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles⁷²⁷

Une déclaration interprétative conditionnelle doit être formulée par écrit.

La confirmation formelle d'une déclaration interprétative conditionnelle doit aussi être faite par écrit.

Une déclaration interprétative conditionnelle doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

Une déclaration interprétative conditionnelle portant sur un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou sur un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.]

2.4.8 Formulation tardive d'une déclaration interprétative conditionnelle⁷²⁸

Un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative conditionnelle relative à un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité, sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

⁷²⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 540 à 542.

⁷²⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 130 et 131.

⁷²⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 542 et 543. Ce projet de directive (anciennement 2.4.7 [2.4.8]) a été renuméroté à la suite de l'adoption de nouveaux projets de directives pendant la cinquante-quatrième session.

2.4.9 Modification d'une déclaration interprétative⁷²⁹

À moins que le traité ne dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite ou modifiée qu'à des moments spécifiés, une déclaration interprétative peut être modifiée à tout moment.

2.4.10 Atténuation et aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle⁷³⁰

L'atténuation et l'aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle suivent les règles applicables respectivement au retrait partiel ou à l'aggravation de la portée d'une réserve.

2.5 Retrait et modification des réserves et des déclarations interprétatives

2.5.1 Retrait des réserves⁷³¹

À moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve peut à tout moment être retirée sans que le consentement de l'État ou de l'organisation internationale qui a accepté la réserve soit nécessaire pour son retrait.

2.5.2 Forme du retrait⁷³²

Le retrait d'une réserve doit être formulé par écrit.

2.5.3 Réexamen périodique de l'utilité des réserves⁷³³

Les États ou les organisations internationales qui ont formulé une ou plusieurs réserves à un traité devraient procéder à un réexamen périodique de celles-ci et envisager le retrait des réserves qui ne répondent plus à leur objectif.

⁷²⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), p. 277 à 279.

⁷³⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 279 à 281.

⁷³¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10), p. 167 à 176.

⁷³² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 176 à 181.

⁷³³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 182 à 184.

Dans cet examen, les États et les organisations internationales devraient accorder une attention particulière à l'objectif de l'intégrité des traités multilatéraux et s'interroger, le cas échéant, sur l'utilité du maintien des réserves, notamment au regard de leur droit interne et des évolutions qu'il a subies depuis la formulation de ces réserves.

2.5.4 [2.5.5] Formulation du retrait d'une réserve au plan international⁷³⁴

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales depositaires de traités, une personne a compétence pour retirer une réserve formulée au nom d'un État ou d'une organisation internationale:

a) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés aux fins de ce retrait; ou

b) S'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme ayant compétence à cette fin sans présentation de pleins pouvoirs.

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, ont compétence pour retirer une réserve au plan international au nom d'un État:

a) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;

b) Les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour le retrait d'une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation ou de cet organe;

c) Les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour le retrait d'une réserve à un traité conclu entre les États accréditants et cette organisation.

⁷³⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 185 à 192.

2.5.5 [2.5.5 bis, 2.5.5 ter] Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves⁷³⁵

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre pour retirer une réserve au plan interne relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

Le fait qu'une réserve ait été retirée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de retrait des réserves ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant ce retrait.

2.5.6 Communication du retrait d'une réserve⁷³⁶

La procédure de communication du retrait d'une réserve suit les règles applicables en matière de communication des réserves énoncées dans les directives 2.1.5, 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] et 2.1.7.

2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] Effet du retrait d'une réserve⁷³⁷

Le retrait d'une réserve entraîne l'application dans leur intégralité des dispositions sur lesquelles portait la réserve dans les relations entre l'État ou l'organisation internationale qui retire la réserve et l'ensemble des autres parties, que celles-ci aient accepté la réserve ou y aient objecté.

Le retrait d'une réserve entraîne l'entrée en vigueur du traité dans les relations entre l'État ou l'organisation internationale qui retire la réserve et un État ou une organisation internationale qui avait fait objection à la réserve et s'était opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'auteur de la réserve en raison de la réserve en question.

⁷³⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 193 et 194.

⁷³⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 195 à 199.

⁷³⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 200 à 203.

2.5.8 [2.5.9] Date d'effet du retrait d'une réserve⁷³⁸

À moins que le traité n'en dispose autrement ou qu'il n'en soit convenu autrement, le retrait d'une réserve ne prend effet à l'égard d'un État contractant ou d'une organisation contractante que lorsque cet État ou cette organisation en a reçu notification.

Clauses types⁷³⁹

A. Report de la date d'effet du retrait d'une réserve

Une Partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification [au dépositaire]. Le retrait prendra effet à l'expiration d'un délai de X [mois] [jours] après la date de réception de la notification par [le dépositaire].

B. Raccourcissement du délai d'effet du retrait d'une réserve⁷⁴⁰

Une Partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification [au dépositaire]. Le retrait prendra effet à la date de réception de la notification par [le dépositaire].

C. Liberté de fixer la date d'effet du retrait d'une réserve⁷⁴¹

Une Partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification [au dépositaire]. Le retrait prendra effet à la date fixée par cet État dans la notification adressée [au dépositaire].

⁷³⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 204 à 210.

⁷³⁹ Pour le commentaire de cette clause type, voir *ibid.*, p. 211.

⁷⁴⁰ Pour le commentaire de cette clause type, voir *ibid.*, p. 211 et 212.

⁷⁴¹ Pour le commentaire de cette clause type, voir *ibid.*, p. 212.

2.5.9 [2.5.10] Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve⁷⁴²

Le retrait d'une réserve prend effet à la date fixée par son auteur lorsque:

- a) Cette date est postérieure à la date à laquelle les autres États ou organisations internationales contractants en ont reçu notification; ou
- b) Le retrait n'accroît pas les droits de son auteur vis-à-vis des autres États ou organisations internationales contractants.

2.5.10 [2.5.11] Retrait partiel d'une réserve⁷⁴³

Le retrait partiel d'une réserve atténue l'effet juridique de la réserve et assure plus complètement l'application des dispositions du traité ou du traité dans son ensemble, par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur.

Le retrait partiel d'une réserve est soumis aux mêmes règles de forme et de procédure qu'un retrait total et prend effet dans les mêmes conditions.

2.5.11 [2.5.12] Effet du retrait partiel d'une réserve⁷⁴⁴

Le retrait partiel d'une réserve modifie l'effet juridique de la réserve dans la mesure prévue par la nouvelle formulation de la réserve. Une objection faite à cette réserve continue de produire ses effets aussi longtemps que son auteur ne l'a pas retirée, dans la mesure où l'objection ne porte pas exclusivement sur la partie de la réserve qui a été retirée.

Aucune objection ne peut être faite à la réserve telle qu'elle résulte d'un retrait partiel à moins que ce retrait partiel n'ait un effet discriminatoire.

⁷⁴² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 213 à 215.

⁷⁴³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 215 à 225.

⁷⁴⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 226 à 228.

2.5.12 Retrait d'une déclaration interprétative⁷⁴⁵

Une déclaration interprétative peut être retirée à tout moment suivant la même procédure que celle applicable à sa formulation et par les autorités qui ont compétence à cette fin.

2.5.13 Retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle⁷⁴⁶

Le retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle suit les règles applicables au retrait d'une réserve.

2.6.1 Définition des objections aux réserves⁷⁴⁷

L'expression «objection» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, en réaction à une réserve à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle l'État ou l'organisation vise à exclure ou à modifier les effets juridiques de la réserve ou à exclure l'application du traité dans son ensemble, dans ses relations avec l'auteur de la réserve.

2.6.2 Définition des objections à la formulation ou à l'aggravation tardives d'une réserve⁷⁴⁸

L'expression «objection» peut également s'entendre de la déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale s'oppose à la formulation tardive d'une réserve ou à son aggravation.

3.1 Validité matérielle d'une réserve⁷⁴⁹

Un État ou une organisation internationale, au moment de signer, de ratifier, de confirmer formellement, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins:

- a) Que la réserve ne soit interdite par le traité;

⁷⁴⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), p. 281 et 282.

⁷⁴⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 282 et 283.

⁷⁴⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), p. 184 à 199.

⁷⁴⁸ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 199 et 200.

⁷⁴⁹ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

b) Que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites;

c) Que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas *a* et *b*, la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité.

3.1.1 Réserves expressément interdites par le traité⁷⁵⁰

Une réserve est expressément interdite par le traité si celui-ci contient une disposition particulière:

a) Interdisant toute réserve;

b) Interdisant des réserves à des dispositions spécifiées et si une réserve à l'une de ces dispositions a été formulée;

c) Interdisant certaines catégories de réserves et si une réserve relevant d'une de ces catégories a été formulée.

3.1.2 Définition des réserves déterminées⁷⁵¹

Aux fins de la directive 3.1, l'expression «réserves déterminées» s'entend de réserves expressément envisagées dans le traité à certaines dispositions du traité ou au traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers.

3.1.3 Validité des réserves non interdites par le traité⁷⁵²

Lorsque le traité interdit la formulation de certaines réserves, une réserve qui n'est pas interdite par le traité ne peut être formulée par un État ou une organisation internationale que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité.

⁷⁵⁰ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁷⁵¹ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁷⁵² Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

3.1.4 Validité des réserves déterminées⁷⁵³

Lorsque le traité envisage la formulation des réserves déterminées sans en préciser le contenu, une réserve ne peut être formulée par un État ou une organisation internationale que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité.

2. Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session

159. Le texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session est reproduit ci-après.

3. Validité des réserves et déclarations interprétatives

Commentaire général

1) L'objet de la troisième partie du Guide de la pratique est d'établir les conditions de validité des réserves aux traités, après la première partie, consacrée aux définitions, et la deuxième, qui porte sur la procédure de formulation des réserves et des déclarations interprétatives.

2) À la suite de débats approfondis, la Commission a décidé, malgré les réticences de quelques-uns de ses membres, de retenir l'expression «validité des réserves» pour désigner l'opération intellectuelle consistant à déterminer si une déclaration unilatérale faite⁷⁵⁴ par un État ou une organisation internationale et visant à exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité⁷⁵⁵ dans leur application à cet État ou à cette organisation, est susceptible de produire les effets qui s'attachent en principe à la formulation d'une réserve.

3) Fidèle à la définition figurant à l'article 2, paragraphe 1 d), des Conventions de Vienne, reprise dans le projet de directive 1.1 du Guide de la pratique, la Commission a admis que toutes les déclarations unilatérales répondant à cette définition constituaient des réserves. Mais, comme la Commission l'a précisé de la manière la plus claire dans son commentaire du projet de

⁷⁵³ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁷⁵⁴ Étant donné que la simple formulation d'une réserve ne lui permet pas de produire les effets visés par son auteur, le mot «formulée» eût été plus approprié (voir *infra*, le commentaire du projet de directive 3.1, par. 6 et 7; mais les Conventions de Vienne utilisent le mot «faite» et la Commission s'interdit en principe de revenir sur le texte de Vienne.

⁷⁵⁵ Ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers (cf. le projet de directive 1.1.1).

directive 1.6, «[d]éfinir n'est pas réglementer. [...U]ne réserve peut être licite ou illicite, elle demeure une réserve si elle répond à la définition retenue»⁷⁵⁶. «Davantage même: la détermination exacte de la nature d'une déclaration est le préliminaire indispensable à l'application d'un régime juridique particulier et d'abord, à l'appréciation de sa licéité. Ce n'est qu'une fois qu'un instrument particulier est défini comme étant une réserve (...) que l'on peut décider si elle est ou non licite, en apprécier la portée juridique et en déterminer les effets»⁷⁵⁷.

4) Ce vocabulaire pose problème. À l'origine, la Commission a en effet utilisé les mots «licéité» et «illicéité» de préférence à «validité» et «invalidité» ou «non-validité» afin de tenir compte des préoccupations exprimées par certains de ses membres et par quelques États qui considéraient que le mot «validité» jetait un doute sur la nature de déclarations répondant à la définition des réserves donnée à l'article 2, paragraphe 1 d), des Conventions de Vienne, mais ne remplissant pas les conditions énoncées à l'article 19⁷⁵⁸. En réalité, le mot «validité» paraît à la majorité des membres de la Commission tout à fait neutre à cet égard et présente l'avantage de ne pas prendre parti dans la controverse doctrinale⁷⁵⁹, centrale en matière de réserves, qui opposent les tenants de la permissibilité, selon lesquels «[t]he issue of «permissibility» is the preliminary issue. It must be resolved by reference to the treaty and is essentially an issue of treaty interpretation; it has nothing to do with the question of whether as matter of policy, other Parties find the reservations acceptable or not»⁷⁶⁰ [[l]a question de la «permissibilité» est la question préalable. Elle doit être résolue par référence au traité et est essentiellement une question d'interprétation des traités; elle n'a rien à voir avec la question de savoir si, en principe, les autres parties jugent les réserves acceptables ou non], à ceux de l'opposabilité qui considèrent

⁷⁵⁶ *Annuaire ... 1999*, vol. II, deuxième partie, p. 133, par. 2 du commentaire; voir aussi *infra*, le commentaire de ce projet modifié lors de la cinquante-huitième session de la Commission.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 133 et 134, par. 3 du commentaire. Voir aussi le commentaire du projet de directive 1.1.1 in *Annuaire ... 1998*, vol. II, deuxième partie, p. 105, par. 3 du commentaire et troisième rapport, document A/CN.4/491/Add.3, par. 158 et 179.

⁷⁵⁸ Cf. les observations du Royaume-Uni à la Sixième Commission le 2 novembre 1993, A/C.6/48/SR.24, par. 42.

⁷⁵⁹ Sur cette querelle doctrinale, voir notamment Jean Kyongun Koh, «Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision», *Harvard International Law Journal*, 1982, p. 71 à 116, *passim*, en particulier p. 75 à 77; voir aussi Catherine Redgwell, «Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties», *BYBIL*, vol. 64 (1993), p. 243 à 282, en particulier p. 263 à 269, et Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester: Manchester U.P., 2^e éd., 1984, p. 81, note 78.

⁷⁶⁰ Derek W. Bowett, «Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties», *BYBIL*, vol. 48 (1976-1977), p. 88.

que «the validity of a reservation depends solely on the acceptance of the reservation by another contracting State» [la validité d'une réserve dépend exclusivement de son acceptation par un autre État contractant] et que, dès lors, l'article 19 c) de la Convention de Vienne de 1969 apparaît «as a mere doctrinal assertion, which may serve as a basis for guidance to States regarding acceptance of reservations, but no more than that»⁷⁶¹ [comme une simple assertion doctrinale qui peut servir de guide aux États en ce qui concerne l'acceptation des réserves, mais n'est rien de plus que cela].

5) Surtout, il est apparu que le terme «illicite» n'était, de toute manière, pas approprié pour qualifier les réserves ne remplissant pas les conditions de forme ou de fond imposées par les Conventions de Vienne. Selon la majorité des membres de la Commission, «en droit international, un fait internationalement illicite entraîne la responsabilité de son auteur, ce qui n'est manifestement pas le cas de la formulation de réserves contraires aux dispositions du traité sur lequel elles portent ou incompatibles avec son objet ou son but»⁷⁶². En conséquence, la Commission qui, en 2002, avait décidé de réserver sa position sur ce point dans l'attente de l'examen des effets de telles réserves⁷⁶³ a estimé que mieux valait régler d'emblée cette question de terminologie.

6) Il lui est apparu:

- En premier lieu, que le mot «licite» implique que la formulation de réserves au mépris des dispositions de l'article 19 des Conventions de Vienne engage la responsabilité de l'État ou de l'organisation internationale réservataire, ce qui n'est certainement pas le cas⁷⁶⁴; et
- En second lieu, que, pour sa part, le terme *permissible* utilisé dans le texte anglais des projets de directives adoptés jusqu'à présent et de leurs commentaires implique

⁷⁶¹ José Maria Ruda, «Reservations to Treaties», *Recueil des Cours*, vol. 146 (1975-III), p. 190.

⁷⁶² Commentaire du projet de directive 2.1.8 («Procédure en cas des réserves manifestement [illicites]»), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 126, par. 7). Selon un point de vue minoritaire, la formulation d'une réserve illicite entraînerait la responsabilité de son auteur. Les données du problème seront exposées plus précisément dans le commentaire du projet de directive 3.3.1.

⁷⁶³ Voir le commentaire du projet de directive 2.1.8, *ibid.* Voir aussi le projet de directive 2.1.7 (Fonctions du dépositaire) et son commentaire (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 115 à 123).

⁷⁶⁴ Voir *supra*, par. 5.

que la question se pose exclusivement en termes de permissibilité et non d'opposabilité, ce qui présente l'inconvénient de prendre inutilement parti dans la querelle doctrinale mentionnée ci-dessus⁷⁶⁵.

7) Toutefois, le mot *permissibility* a été conservé pour désigner la validité substantielle des réserves conformes aux exigences de l'article 19 des Conventions de Vienne puisque, selon les locuteurs de langue anglaise, cette appellation n'entraînait aucune prise de position quant aux conséquences du non-respect de ces conditions. Ce terme est rendu en français par l'expression «validité substantielle».

8) La troisième partie du Guide de la pratique envisage successivement les problèmes liés:

- À la validité substantielle des réserves;
- À la compétence pour apprécier la validité des réserves; et
- Aux conséquences de la non-validité d'une réserve.

Une section particulière sera consacrée aux mêmes questions en ce qui concerne les déclarations interprétatives.

3.1 Validité matérielle d'une réserve

Un État ou une organisation internationale, au moment de signer, de ratifier, de confirmer formellement, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins:

- a) Que la réserve ne soit interdite par le traité;
- b) Que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites; ou
- c) Que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas *a* et *b*, la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité.

⁷⁶⁵ Par. 4.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 3.1 reprend sans le modifier le libellé de l'article 19 de la Convention de Vienne du 21 mars 1986 sur les traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, dont la rédaction est alignée sur le texte de la disposition correspondante de la Convention de 1969 avec les seuls ajouts rendus nécessaires par l'inclusion des traités conclus par les organisations internationales.
- 2) En prévoyant qu'au moment de signer, de ratifier, de confirmer formellement, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, «[u]n État ou une organisation internationale (...) *peut* formuler une réserve», fût-ce sous certaines conditions, cette disposition pose «le principe général selon lequel la formulation des réserves est autorisée...»⁷⁶⁶. Il s'agit là d'un élément essentiel du «système souple» issu de l'avis de la Cour internationale de Justice de 1951⁷⁶⁷, et il n'est pas exagéré de dire qu'il renverse sur ce point la présomption traditionnelle telle qu'elle résultait du système de l'unanimité⁷⁶⁸, dans l'objectif avoué de faciliter une adhésion aussi large que possible et, par suite, l'universalité des traités.
- 3) À cet égard, le texte de l'article 19 finalement retenu en 1969 est directement issu des propositions de Waldock et prend le contre-pied des projets établis par les Rapporteurs spéciaux sur le droit des traités qui l'avaient précédé et qui, tous, partaient de la présomption inverse et exprimaient négativement ou limitativement le principe selon lequel une réserve *ne* peut être

⁷⁶⁶ Commentaire du projet d'article 18 adopté en première lecture en 1962, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 199, par. 15; voir aussi le commentaire du projet d'article 16 adopté en seconde lecture, *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 225, par. 17. Pour la Convention de 1986, voir les commentaires des projets d'articles 19 (Cas des traités conclus entre plusieurs organisations internationales) adopté en 1977, *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), p. 106, par. 1, et 19 *bis* (Cas des traités entre des États et une ou plusieurs organisations internationales ou entre des organisations internationales et un ou plusieurs États), *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), p. 108, par. 3.

⁷⁶⁷ 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Recueil 1951*, p. 15.

⁷⁶⁸ Cette conception, qui était sans doute devenue la règle coutumière dans l'entre-deux guerre (voir l'opinion dissidente commune des juges Guerrero, McNair, Read et Hsu Mo, jointe à l'avis consultatif préc., *Recueil 1951*, p. 34 et 35), restreignait considérablement la faculté de faire des réserves: cela n'était possible que si toutes les autres parties au traité l'acceptaient, faute de quoi l'auteur de la réserve demeurait en dehors du cercle conventionnel. Dans ses observations sur le projet d'article 18 adopté par la CDI en 1962, le Japon proposait de revenir à la présomption inverse (voir le quatrième rapport de Sir Humphrey Waldock sur le droit des traités, A/CN.4/177 et Add.1 et 2, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 49).

formulée (ou «faite»⁷⁶⁹) *que si* certaines conditions sont remplies⁷⁷⁰. Sir Humphrey pour sa part⁷⁷¹ présente le principe comme une «faculté de formuler, c'est-à-dire de *proposer* une réserve», faculté appartenant à l'État «en vertu de sa souveraineté»⁷⁷².

4) Cette faculté n'est pas pour autant illimitée:

- En premier lieu, elle est limitée dans le temps puisque la formulation des réserves ne peut intervenir qu'«au moment de signer, de ratifier, de confirmer formellement, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer»⁷⁷³;
- En second lieu, la formulation de réserves peut n'être pas compatible avec l'objet de certains traités, soit parce qu'ils sont restreints à un petit groupe d'États – hypothèse que prend en considération l'article 20, paragraphe 2, de la Convention, qui revient au système de l'unanimité en ce qui concerne ces instruments⁷⁷⁴ – soit, dans le cadre de traités à vocation universelle, parce que les Parties entendent faire prévaloir l'intégrité de la Convention sur son universalité ou, en tout cas, limiter la faculté des États de formuler des réserves; sur ce point comme sur tous les autres, la Convention de Vienne n'est que supplétive de volonté et rien n'empêche les négociateurs d'insérer dans le traité des «clauses de réserves» qui limitent ou modulent la faculté de principe posée à l'article 19⁷⁷⁵.

⁷⁶⁹ Sur ce point, voir *infra*, par. 6 et 7.

⁷⁷⁰ Voir par exemple les projets d'articles 10, par. 1, du projet de J. L. Brierly de 1950 (A/CN.4/23, texte anglais in *I.L.C Yearbook*, 1950, vol. II, p. 238), 9 des projets de Hersch Lauterpacht (premier rapport, A/CN.4/63, reproduit en anglais in *I.L.C, Yearbook*, 1953, p. 91; deuxième rapport, A/CN.4/87, texte anglais in *I.L.C Yearbook*, 1954, vol. II, p. 131) ou 39, par. 1, du projet de G. G. Fitzmaurice (*Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 118). Voir les remarques de Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux* (Paris: Pédone, 1979), pp. 88 et 89.

⁷⁷¹ «Tout État a la faculté, lorsqu'il signe, ratifie ou accepte un traité ou y adhère de formuler une réserve (...) à moins: ...» (premier rapport, A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, art. 17, par. 1 a), p. 68).

⁷⁷² Commentaire de l'article 17, *ibid.*, p. 74, par. 9 – les italiques figurent dans le texte.

⁷⁷³ Voir *infra*, par. 9.

⁷⁷⁴ «Lorsqu'il ressort du nombre restreint des États ayant participé à la négociation, ainsi que de l'objet et du but d'un traité, que l'application du traité dans son intégralité entre toutes les parties est une condition essentielle du consentement de chacune d'elles à être liée par le traité, une réserve doit être acceptée par toutes les parties».

⁷⁷⁵ Sur le caractère supplétif du régime de Vienne, voir notamment: Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge U.P., 2000, p. 124 à 126; John King Gamble, Jr., «Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice», *A.J.I.L.* vol. 74 (1980), p. 383 à 391; P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités ...* op. cit., p. 162 à 230; Lord McNair, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 169

5) Il est donc sans doute excessif de parler de «droit aux réserves»⁷⁷⁶, même si la Convention part sans aucun doute du principe qu'il existe une présomption en faveur de leur validité, présomption dont certains membres ont toutefois contesté l'existence. Telle est du reste la signification de l'intitulé même de l'article 19 des Conventions de Vienne («*Formulation des réserves*»)⁷⁷⁷, confirmé par le chapeau de cette disposition: «Un État (...) *peut formuler* une réserve, à moins...». Certes, en utilisant le verbe «peut», «[l]a clause liminaire de l'article 19 reconnaît un droit aux États; mais il ne s'agit que du droit de “formuler” des réserves»⁷⁷⁸.

6) Les mots «formuler» et «formulation» ont été choisis avec soin. Ils signifient que, si c'est à l'État qui entend assortir d'une réserve l'expression de son consentement à être lié d'indiquer comment il entend moduler sa participation au traité⁷⁷⁹, cette formulation ne se suffit pas à elle-même: la réserve n'est pas «faite», ne déploie pas ses effets, du seul fait de cette déclaration. Telle est la raison pour laquelle un amendement de la Chine visant à remplacer les mots «formuler une réserve» par «faire une réserve»⁷⁸⁰ a été écarté par le Comité de rédaction de la Conférence de Vienne⁷⁸¹. Comme l'avait relevé Waldock, «dire (...) qu'un État peut “faire” une

à 173; Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, p. 85 à 90 et 101 à 104; Rosa Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados – Formulación y ambigüedades del regimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, p. 89 à 136.

⁷⁷⁶ Certains membres de la Commission se sont cependant prononcés en faveur de l'existence d'un tel droit.

⁷⁷⁷ Sur la modification de cet intitulé dans le cadre du Guide de la pratique, voir *infra*, par. 10).

⁷⁷⁸ P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités ...* op. cit., p. 83; voir aussi Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, PUF, Paris, 3^e éd. revue et augmentée par Philippe Cahier, 1995, p. 75, ou R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados ...* op. cit., p. 84. On peut également relever qu'une proposition de Briggs visant à remplacer le mot «faculté» figurant dans le projet de Waldock (voir *supra*, note 771) par «droit» (*Annuaire ... 1962*, vol. I, 651^e séance, 25 mai 1962, p. 157, par. 22) n'a pas été retenue, non plus qu'un amendement de l'URSS dans le même sens lors de la Conférence de Vienne (A/CONF.39/C.1/L.115, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), p. 144, par. 175). La formulation actuelle («Tout État peut (...) formuler une réserve, à moins...») a été adoptée par le Comité de rédaction de la CDI (*Annuaire ... 1962*, vol. I, 663^e séance, 18 juin 1962, p. 245, par. 3) puis par la CDI en séance plénière (*ibid.*, vol. II, p. 194, art. 18, par. 1) en 1962. Elle n'a pas subi de modification en 1966, sinon que les mots «Tout État» ont été remplacés par «Un État» (voir *Annuaire ... 1965*, vol. I, 813^e séance, 29 juin 1965, p. 287, par. 1 (texte adopté par le Comité de rédaction) et *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 220 (art. 16 adopté en seconde lecture)).

⁷⁷⁹ Cf. D. W. Greig, «Reservations: Equity as a Balancing Factor?», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 16 (1995), p. 22.

⁷⁸⁰ A/CONF.39/C.1/L.161 (voir *Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), op. cit., p. 145, par. 177).

⁷⁸¹ Voir *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11), Commission plénière, 23^e séance, 11 avril 1968, p. 131, par. 2 (explications de la Chine) et 24^e séance, 16 avril 1968, p. 137, par. 13 (intervention de l'expert-conseil, Sir Humphrey Waldock).

réserve est équivoque, car il s'agit de savoir si une réserve *formulée* par un État peut être considérée comme ayant effectivement été “faite” tant que les autres États intéressés n’y ont pas consenti⁷⁸². Or non seulement une réserve n’est «établie»⁷⁸³ que si certaines conditions procédurales – assez peu contraignantes il est vrai⁷⁸⁴ – sont remplies, mais encore elle doit respecter les conditions de fond énoncées par les trois alinéas de l’article 19 lui-même, ce que les mots «à moins» montrent clairement⁷⁸⁵.

7) Selon certains auteurs, la terminologie retenue par cette disposition serait cependant incohérente à cet égard car «[l]orsque le traité autorise certaines réserves (art. 19, al. b), elles n’ont pas besoin d’être acceptées par les autres États (...). Elles sont donc “faites” dès l’instant de leur formulation par l’État réservataire»⁷⁸⁶. Dès lors, si l’alinéa b indique à juste titre que de telles réserves «peuvent être *faites*», le chapeau de l’article 19 serait trompeur en ce qu’il impliquerait qu’elles aussi ne sont que «formulées» par leur auteur⁷⁸⁷. Il s’agit là d’une mauvaise querelle⁷⁸⁸: l’alinéa b ne vise pas ces réserves qui sont établies (ou faites) du seul fait de leur formulation mais, *a contrario*, celles qui ne sont pas autorisées par le traité. Comme dans

⁷⁸² Premier rapport, A/CN.4/144, Yearbook ... 1962, vol. II, p. 71, par. 1 du commentaire des projets d’articles 17 à 19.

⁷⁸³ Voir le chapeau de l’article 21: «Une réserve établie à l’égard d’une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23...».

⁷⁸⁴ Voir l’article 20, par. 3 à 5, l’article 21, par. 1 et l’article 23, et les projets de directives 2.1 à 2.2.3. Voir aussi Massimo Coccia, «Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights», *California Western I.L. J.* vol. 15 (1985), p. 28.

⁷⁸⁵ «Cet article énonce le principe général selon lequel il est permis de faire des réserves, sauf dans trois cas» (*Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 225, commentaire de l’article 16, par. 17; l’utilisation du mot «faire» dans le commentaire est critiquable mais relève sans doute davantage d’une inadvertance de traduction que d’un propos délibéré – *contra*: P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités ...* op. cit., p. 90. Du reste, le texte anglais du commentaire est correct: «*This article states the general principle that the formulation of reservations is permitted except in three cases ...*» (*I.L.C Yearbook*, 1966, vol. II, p. 207 – caractères droits ajoutés).

⁷⁸⁶ P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités ...* op. cit., p. 84 et 85.

⁷⁸⁷ Voir aussi J. M. Ruda, «*Reservations to Treaties*» op. cit., p. 179 et 180 et la critique beaucoup plus modérée de Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, La Haye, 1988, p. 111 et 112.

⁷⁸⁸ En revanche, on peut contester l’usage des verbes «formuler» et «faire» dans le paragraphe 2 de l’article 23; il n’est pas cohérent de préciser, à la fin de cette disposition, qu’en cas de confirmation au moment de l’expression du consentement à être lié d’une réserve formulée à la signature, «la réserve sera réputée avoir été *faite* à la date à laquelle elle a été confirmée». Dans l’élaboration du Guide de la pratique en matière de réserves, la Commission s’est efforcée d’adopter un vocabulaire cohérent à cet égard (les critiques que lui adresse R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados ...* op. cit., p. 85 – paraissent fondées sur une traduction erronée en espagnol).

l'hypothèse de l'alinéa *a* ces dernières ne peuvent être formulées: dans un cas (al. *a*) l'interdiction est expresse; dans le second (al. *b*), elle est implicite.

8) Au demeurant, le principe de la faculté de formuler une réserve n'est pas séparable des exceptions dont il est assorti. Telle est la raison pour laquelle la Commission qui, en règle générale, s'interdit de modifier le texte des dispositions des Conventions de Vienne qu'elle reprend dans le Guide de la pratique, n'a pas cru devoir consacrer un projet de directive distinct au principe même de la présomption de validité des réserves.

9) Pour la même raison, la Commission a renoncé à exclure du projet de directive 3.1 la mention des différents moments (ou des «cas», pour reprendre la terminologie retenue par le projet de directive 1.1.2⁷⁸⁹), «dans lesquels une réserve peut être formulée». En effet, comme cela est souligné ci-dessus⁷⁹⁰, l'article 19 reprend les limitations temporelles qui figurent dans la définition même des réserves données à l'article 2, paragraphe 1 d), des Conventions de Vienne⁷⁹¹ et il n'est pas douteux qu'une telle répétition est superflue, comme l'avait souligné le Danemark lors de l'examen du projet d'articles sur le droit des traités adopté en 1962⁷⁹². Toutefois, la Commission n'a pas estimé utile de remédier à cette anomalie lors de l'adoption du projet définitif en 1966 et cette répétition ne présente pas d'inconvénient suffisamment grave pour réécrire la Convention de Vienne qui ne s'est pas non plus préoccupée de cet inconvénient.

10) Il y a là également un rappel discret du fait que la validité des réserves ne dépend pas uniquement des conditions de fond énumérées dans l'article 19 des Conventions de Vienne, mais est également conditionnée par le respect de conditions de forme et de délais. Toutefois celles-ci font l'objet de la section 2 du Guide de la pratique si bien que la section 3 mettra plus particulièrement l'accent sur la validité *matérielle* des réserves. Tel est le titre que la Commission a retenu pour le projet de directive 3.1 pour lequel il n'était guère possible de conserver l'intitulé de l'article 19 des Conventions de Vienne («Formulation des réserves»), déjà

⁷⁸⁹ Voir *Annuaire ... 1998*, vol. II, deuxième partie, p. 103.

⁷⁹⁰ Par. 4.

⁷⁹¹ Voir les projets de directives 1.1 (Définition des réserves) et 1.1.2 (Cas dans lesquels une réserve peut être formulée) et son commentaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 214 à 216 et 221 à 224.

⁷⁹² Voir le quatrième rapport de Sir Humphrey Waldock, A/CN.4/177, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 48.

retenu pour le projet de directive 2.1.3⁷⁹³ et qui, au surplus, met indûment l'accent sur les conditions formelles de validité des réserves.

3.1.1 Réserves expressément interdites par le traité

Une réserve est expressément interdite par le traité si celui-ci contient une disposition particulière:

- a) Interdisant toute réserve;
- b) Interdisant des réserves à des dispositions spécifiées et si une réserve à l'une de ces dispositions a été formulée; ou
- c) Interdisant certaines catégories de réserves et si une réserve relevant d'une de ces catégories a été formulée.

Commentaire

1) Selon Paul Reuter, les hypothèses envisagées aux alinéas *a* et *b* de l'article 19 (reproduits dans le projet de directive 3.1) constituent des «cas très simples»⁷⁹⁴. Rien n'est moins sûr. Certes, ces dispositions renvoient aux cas dans lesquels le traité auquel un État ou une organisation internationale souhaite faire une réserve contient une clause spéciale interdisant ou permettant la formulation de réserves. Mais, outre que toutes les hypothèses envisageables ne sont pas clairement couvertes⁷⁹⁵, des problèmes délicats peuvent se poser quant à la portée exacte d'une clause interdisant les réserves et aux effets d'une réserve formulée en dépit de cette interdiction.

2) Le projet de directive 3.1.1 vise à préciser la portée de l'alinéa *a* du projet de directive 3.1 qui n'indique pas ce qu'il faut entendre par «réserve interdite par le traité», tandis que les projets de directive 3.1.2 et 3.1.4 s'efforcent de clarifier le sens et la portée de l'expression «réserves déterminées» figurant à l'alinéa *b*.

⁷⁹³ «Formulation d'une réserve au plan international» (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 75 à 92).

⁷⁹⁴ Paul Reuter, «Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels» in *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht: Nijhoff, 1999, p. 625 (également reproduit in P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international – Écrits de droit international*, Paris: Economica, 1999, p. 363).

⁷⁹⁵ Voir *infra*, note 800 et le commentaire du projet de directive 3.1.3, par. 9.

3) Dans le projet d'article 17, paragraphe 1 a), qu'il avait soumis à la CDI en 1962 Waldock distinguait trois hypothèses:

- Les réserves «expressément interdites par le traité ou (...) incompatibles avec la nature du traité ou l'usage établi d'une organisation internationale»;
- Celles n'entrant pas dans les prévisions d'une clause limitant la faculté de faire des réserves; ou
- Autorisant certaines réserves⁷⁹⁶.

Le point commun à ces trois cas était qu'à la différence des réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité⁷⁹⁷, «lorsqu'une réserve qui n'est pas interdite par le traité est formulée, les autres États ont à faire savoir s'ils l'acceptent ou s'ils la rejettent, alors que s'il s'agit d'une réserve interdite par le traité, ils n'ont pas à le faire puisqu'ils se sont déjà prononcés contre elle dans le traité lui-même»⁷⁹⁸.

4) Bien qu'elle eût été reprise, sous une forme un peu différente, par la Commission⁷⁹⁹, cette typologie était inutilement compliquée et, au niveau d'assez grande généralité auquel les rédacteurs de la Convention entendaient se placer, il était inutile d'opérer une distinction entre les deux premières hypothèses dégagées par le Rapporteur spécial⁸⁰⁰. Dans le projet d'article 18, paragraphe 2, qu'il proposait en 1965 au vu des observations des gouvernements, celui-ci s'est borné à distinguer les réserves interdites expressément par le traité (ou «par les règles en vigueur dans une organisation internationale»⁸⁰¹) de celles qui le sont implicitement en conséquence de

⁷⁹⁶ Premier rapport, A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 68 et 69.

⁷⁹⁷ Hypothèse envisagée au paragraphe 2 du projet d'article 17 mais sous une forme assez différente du texte actuel.

⁷⁹⁸ Premier rapport, A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 74, par. 9 du commentaire.

⁷⁹⁹ Projet d'article 18, par. 1 b), c) et d), Rapport de la CDI (1962) (A/5209), *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 194 (voir le commentaire de ce paragraphe p. 199, par. 15).

⁸⁰⁰ À l'inverse, lors de la discussion du projet, Briggs avait estimé que «s'il existe une distinction, c'est entre le cas prévu à l'alinéa *a*, où toutes les réserves sont interdites, et le cas prévu aux alinéas *b* et *c*, où seules certaines réserves sont, soit expressément interdites, soit implicitement exclues» (*Annuaire ... 1962*, vol. I, 663^e séance, 18 juin 1962, p. 246, par. 12; *contra*: Waldock, *ibid*, p. 247, par. 32); comme le montre l'exemple de l'article 12 de la Convention de 1958 sur le plateau continental (voir *infra*, le commentaire du projet de directive 3.1.2, par. 6, cette remarque est fort pertinente.

⁸⁰¹ Bien que le principe n'eût pas été contesté lors de la discussion en séance plénière en 1965 (mais il l'avait été par Lachs en 1962, *Annuaire ... 1962*, vol. I, 651^e séance, 25 mai 1962, p. 159 et 160, par. 53) et eût été maintenu dans

l'autorisation de certaines réserves par le traité⁸⁰². C'est cette distinction binaire que l'on retrouve, sous une forme épurée⁸⁰³, aux alinéas *a* et *b* de l'article 19 de la Convention, sans qu'aucune différence soit faite selon que le traité interdit ou autorise totalement ou partiellement les réserves⁸⁰⁴.

5) Selon le professeur Tomuschat, l'interdiction de l'alinéa *a* tel qu'il est rédigé, devrait s'entendre comme couvrant tant les interdictions expresses que les interdictions implicites des réserves⁸⁰⁵. Cette interprétation peut trouver une justification dans les travaux préparatoires de cette disposition:

le texte adopté durant la première partie de la dix-septième session (voir *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 174), cette précision disparut sans explication du projet d'article 16 finalement adopté par la Commission en 1966 à la suite du «toiletage final» par le Comité de rédaction (voir *Annuaire ... 1966*, vol. I (deuxième partie), 887^e séance, 11 juillet 1966, p. 326, par. 91). La suppression de cette expression est à rapprocher de la clause générale de sauvegarde relative aux «traités constitutifs d'organisations internationales et [aux] traités adoptés au sein d'une organisation internationale», figurant dans l'article 5 de la Convention et adoptée le même jour dans sa rédaction finale par la CDI (ibid., p. 325, par. 79). En pratique, il est exceptionnel que des réserves puissent être formulées à l'acte constitutif d'une organisation internationale (voir Maurice H. Mendelson, «Reservations to the Constitutions of International Organizations», BYBIL, vol. 45 (1971), p. 137 à 171). En ce qui concerne les traités conclus dans le cadre des organisations internationales, le meilleur exemple d'exclusion (supposée) des réserves est celui de l'OIT dont la pratique constante est de ne pas accepter le dépôt d'instruments de ratification des conventions internationales du travail lorsque ces instruments sont assortis de réserves (cf. le Mémoire présenté par le Directeur du BIT au Conseil de la SDN sur la recevabilité des réserves aux conventions générales, *JO de la SDN*, 1927, p. 882 ou le Mémoire présenté par l'OIT à la CIJ en 1951 dans l'affaire relative aux *Réserves à la Convention sur le génocide*, in CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents*, 1951, p. 227 et 228 ou la déclaration de Wilfred Jenks, Conseiller juridique du BIT, lors des plaidoiries orales dans la même affaire, ibid., p. 234); pour un exposé et une critique de cette position, voir le commentaire du projet de directive 1.1.8 (Réserves faites en vertu de clause d'exclusion) du Guide de la pratique, in *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 230 à 241, par. 3 à 5.

⁸⁰² Quatrième rapport, A/CN.4/177, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 53.

⁸⁰³ Sur les aménagements rédactionnels opérés par la Commission, voir les débats sur le projet d'article 18 (*Annuaire ... 1965*, vol. I, surtout 797^e et 798^e séances, 7 et 9 juin 1965, p. 163 à 173) et le texte adopté par le Comité de rédaction (ibid., 813^e séance, 29 juin 1965, p. 287, par. 1) et sa discussion (ibid., p. 287 à 289). Le texte final de l'article 16 a) et b) adopté en seconde lecture par la Commission se lisait ainsi: «Un État peut (...) formuler une réserve, à moins: a) que la réserve ne soit interdite par le traité; b) que le traité n'autorise des réserves déterminées parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question» (*Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 220). Voir aussi *infra*, le commentaire du projet de directive 3.1.2, note 838.

⁸⁰⁴ Les «projets alternatifs» proposés *de lege ferenda* en 1953 dans le premier rapport présenté par Hersch Lauterpacht évoquaient ensemble les traités qui «[do] not prohibit or restrict the faculty of making reservations» («n'interdi[sent] pas ou ne limite[nt] pas expressément la faculté de formuler des réserves») (premier rapport, A/CN.4/63, *Annuaire ... 1953*, vol. II, p. 114 à 116, Ibid., p. 91 et 92).

⁸⁰⁵ Christian Tomuschat, «Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties. Comments on Articles 16 and 17 of the International Law Commission's Draft Articles on the Law of Treaties», *ZaöRV*, vol. 27 (1967), p. 469.

- Dans sa rédaction originelle, proposée par Waldock en 1962⁸⁰⁶, il était précisé qu'elle concernait les réserves «expressément interdites», précision qui a été abandonnée en 1965 sans explication de la part du Rapporteur spécial et sans que les discussions de la Commission soient très éclairantes à cet égard⁸⁰⁷;
- Dans le commentaire du projet d'article 16 adopté en seconde lecture en 1965, la CDI semble en effet placer sur le même plan «[l]es réserves expressément ou implicitement interdites par les dispositions du traité»⁸⁰⁸.

6) Cette interprétation est cependant discutable. L'idée que certains traités pouvaient, «par nature», exclure les réserves a été écartée en 1962 par la Commission, qui a repoussé la proposition en ce sens faite par Waldock⁸⁰⁹. Dès lors, en dehors du cas des réserves aux actes constitutifs des organisations internationales – qui fera l'objet d'un ou plusieurs projets de directive(s) spécifique(s) – on voit mal quelles interdictions pourraient résulter «implicitement» du traité, si ce n'est dans les cas couverts par les alinéas *b* et *c*⁸¹⁰ de l'article 19⁸¹¹ et force est

⁸⁰⁶ Voir *supra*, par. 3.

⁸⁰⁷ Voir cependant l'intervention de Yasseen, *Annuaire ... 1965*, vol. I, 797^e séance, 8 juin 1965, p. 165, par. 19: «[O]n pourrait supprimer le mot “expressément” et dire simplement: “[à moins] que les réserves ne soient interdites...”». En effet, il suffit que le traité se prononce: peu importe que ce soit de manière implicite ou expresse – mais celui-ci se référerait au texte de 1962.

⁸⁰⁸ Comme, d'ailleurs, «celles expressément ou implicitement autorisées», *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 223, par. 10 du commentaire; voir aussi p. 225, par. 17. Dans le même esprit, l'article 19, par. 1 a), du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales adopté par la Commission en 1981 mettait sur un pied d'égalité le cas où les réserves sont interdites par les traités et ceux où il est «par ailleurs établi que les États ou les organisations ayant participé à la négociation étaient convenus que la réserve était interdite» (*Annuaire ... 1981*, vol. II, deuxième partie, p. 139).

⁸⁰⁹ Voir *supra*, par. 4. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'en rédigeant cette clause, «il pensait à la Charte des Nations Unies qui, par nature, ne peut faire l'objet de réserves» (*Annuaire ... 1962*, vol. I, 651^e séance, 25 mai 1962, p. 160, par. 60). Cette exception est couverte par la clause de sauvegarde de l'article 5 de la Convention (voir *supra*, note 801). L'expression «nature du traité» a peu retenu l'attention durant la discussion (Castrén l'a cependant jugée imprécise – *ibid.*, 652^e séance, 28 mai 1962, p. 166, par. 28; voir aussi Verdross, *ibid.*, par. 35); elle a été supprimée par le Comité de rédaction (*ibid.*, 663^e séance, 18 juin 1962, p. 245, par. 3).

⁸¹⁰ Des amendements de l'Espagne (A/CONF.39/C.1/L.147) et des États-Unis et de la Colombie (A/CONF.39/C.1/L.126 et Add.1) visant à réintroduire la notion de «nature» du traité dans l'alinéa *c* ont été retirés par leurs auteurs ou rejetés par le Comité de rédaction (voir la réaction des États-Unis, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11/Add.1), p. 37). Lors des débats de la Commission sur le projet de directive 3.1.1, certains membres ont cependant estimé que certains traités, comme la Charte des Nations Unies, excluaient par nature quelque réserve que ce soit. La Commission a néanmoins estimé que cette idée se confondait avec le principe posé à l'alinéa *c* de l'article 19 des Conventions de Vienne et que, s'agissant de la Charte, l'exigence de l'acceptation de l'organe compétent de l'organisation (cf. art. 20, par. 3, des Conventions de Vienne) donnait des garanties suffisantes.

⁸¹¹ Telle est d'ailleurs la conclusion finale à laquelle arrive C. Tomuschat «Admissibility and Legal effects of reservations...» (*op. cit.*, p. 471).

d'admettre que l'alinéa *a* ne concerne que les réserves expressément interdites par le traité. Cette interprétation semble au surplus conforme à la souplesse relative qui imprègne l'ensemble des dispositions de la Convention relatives aux réserves.

7) Aucun problème – autre que de savoir si la déclaration en cause constitue ou non une réserve⁸¹² – ne se pose si l'interdiction est claire et nette, en particulier lorsque l'interdiction est générale, étant entendu cependant qu'il en existe relativement peu d'exemples⁸¹³ même si certains sont célèbres comme celui de l'article premier du Pacte de la SDN:

«Sont Membres originaires de la Société des Nations ceux des Signataires (...) qui auront accédé au présent Pacte sans aucune réserve...»⁸¹⁴.

De même, l'article 120 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998 dispose:

«Le présent Statut n'admet aucune réserve»⁸¹⁵.

⁸¹² Voir le projet de directive 1.3.1 (Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives) et son commentaire, *Annuaire ... 1999*, vol. II, deuxième partie, p. 113 à 116.

⁸¹³ Même en matière de droits de l'homme (cf. P.-H. Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *Actes du cinquième colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 1982, p. 100 (également en anglais: «Reservations and Human Rights Convention», *H.R.R.* 1981, p. 28) ou W. A. Schabas, «Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform», *Annuaire canadien D.I.* 1955, p. 46); voir cependant par exemple la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage du 7 septembre 1956 (art. 9), la Convention sur la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 14 décembre 1960 (art. 9, par. 7), le Protocole 6 à la Convention européenne des Droits de l'homme sur l'abolition de la peine de mort du 28 avril 1983 (art. 4) ou la Convention européenne contre la torture du 26 novembre 1987 (art. 21) qui, tous, interdisent toute réserve à leurs dispositions. Il arrive que les clauses de réserves des traités de droits de l'homme renvoient aux dispositions de la Convention de Vienne sur les réserves (cf. art. 75 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme) – ce que font implicitement les conventions qui ne comportent aucune clause de réserve – ou en reprennent les termes (cf. art. 28, par. 2, de la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ou 51, par. 2, de la Convention de 1989 sur les droits de l'enfant).

⁸¹⁴ On peut soutenir que cette règle a été délaissée lorsque le Conseil de la Société a reconnu la neutralité de la Suisse (en ce sens, M. Mendelson, «Reservations to the Constitutions of International Organizations», *op. cit.*, p. 140 et 141).

⁸¹⁵ Pour «carrée» qu'elle puisse sembler, cette interdiction n'est, au demeurant, pas totalement dépourvue d'ambiguïté: l'article 124 du Statut qui autorise «un État qui devient partie [à] déclarer que, pour une période de sept ans à partir de l'entrée en vigueur du Statut à son égard, il n'accepte pas la compétence de la Cour» en matière de crimes de guerre, constitue une exception à la règle posée à l'article 120 car ces déclarations s'analysent en de véritables réserves (voir A. Pellet, «Entry into Force and Amendment of the Statute» in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford U.P., 2002, vol. I, p. 157); voir aussi la Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative, dont l'article 21 interdit les réserves alors que plusieurs autres dispositions en autorisent certaines. Pour d'autres exemples, voir Sia Spiliopoulou Åkermark, «Reservations Clauses in Treaties Concluded

De même aussi, en vertu de l'article 26, paragraphe 1, de la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux:

«Aucune réserve ou dérogation ne pourra être faite à la présente Convention»⁸¹⁶.

8) Toutefois, il peut arriver que l'interdiction soit plus ambiguë. Ainsi, aux termes du paragraphe 14 de l'Acte final de la Conférence qui a adopté en 1961 la Convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international, «les délégations ayant participé à la négociation de la Convention (...) déclarent que leurs pays respectifs n'ont pas l'intention de faire des réserves à la Convention»⁸¹⁷: non seulement, il ne s'agit pas d'une interdiction catégorique, mais encore cette déclaration d'intention est faite dans un instrument distinct du traité. Dans un cas de ce genre, on peut penser que les réserves ne sont pas interdites à proprement parler, mais que si un État en formule, les autres Parties devraient, en bonne logique, y objecter.

9) Plus souvent, l'interdiction est partielle et porte sur une ou des réserves déterminées ou sur une ou des catégories de réserves. L'hypothèse la plus simple (mais assez rare) est celle des clauses énumérant les dispositions de la Convention auxquelles des réserves sont interdites⁸¹⁸.

within the Council of Europe», ICLQ, vol. 48 (1999), p. 493 et 494; P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, L.G.D.J., Paris, 7^e éd., 2002, p. 181; P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités ...* op. cit., p. 165 et 166; F. Horn, *Reservations and Interpretative declarations ...* op. cit., p. 113; R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados ...*, op. cit., p. 105 à 108; W. A. Schabas, «Reservations to human Rights Treaties...» op. cit., p. 46.

⁸¹⁶ Pour un commentaire très détaillé, voir Alessandro Fodella, «The Declarations of States Parties to the Basel Convention» in Tullio Treves (éd.), *Six Studies on Reservations, Comunicazioni e Studi*, vol. XXII, 2002, p. 111 à 148; le paragraphe 2 de l'article 26 autorise les États parties à «faire des déclarations ou des exposés, quelle que soit l'appellation qui leur est donnée en vue, entre autres, d'harmoniser [leurs] lois et règlements avec les dispositions de la présente Convention, à condition que ces déclarations ou exposés ne visent pas à annuler ou à modifier les effets juridiques des dispositions de la Convention dans leur application» à ces États; la distinction entre les réserves du paragraphe 1 et les déclarations du paragraphe 2 peut s'avérer délicate, mais il s'agit d'un problème de définition qui ne limite en rien l'interdiction posée au paragraphe 1: si une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 s'avère être une réserve, elle est prohibée. La combinaison des articles 309 et 310 de la Convention sur le droit de la mer de 1982 pose les mêmes problèmes et appelle les mêmes réponses (voir not. A. Pellet, «Les réserves aux conventions sur le droit de la mer» in *La mer et son droit – Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Pedone, Paris, 2003, p. 505 à 517; voir aussi *infra*, le commentaire du projet de directive 3.1.2, note 840).

⁸¹⁷ Exemple donné par P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités ...* op. cit., p. 166 et 167.

⁸¹⁸ Cette hypothèse est extrêmement proche de celle dans laquelle le traité spécifie les dispositions auxquelles des réserves sont permises – voir *infra*, le commentaire du projet de directive 3.1.2, par. 5, et la remarque de Briggs (*Annuaire ... 1962*, vol. I, 663^e séance, 18 juin 1962).

Tel est le cas de l'article 42 de la Convention sur les réfugiés du 28 juillet 1951⁸¹⁹ ou de l'article 26 de la Convention de l'OMI de 1972 sur les conteneurs.

10) Plus compliquée est l'hypothèse dans laquelle le traité n'interdit pas des réserves à des dispositions déterminées mais exclut certaines catégories de réserves. Un exemple de ce type de clauses est fourni par l'article 78, paragraphe 3, de l'Accord international sur le sucre de 1977:

«Tout gouvernement qui remplit les conditions requises pour devenir Partie au présent Accord peut, lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, formuler des réserves qui ne touchent pas à l'application des dispositions économiques du présent Accord. [...]».

11) La distinction entre les clauses de réserves de ce type et celles excluant «des réserves déterminées» était effectuée dans le projet de Sir Humphrey Waldock de 1962⁸²⁰. Pour leur part, les Conventions de Vienne n'effectuent pas de telles distinctions et, malgré le flou entretenu par leurs travaux préparatoires, on doit certainement présumer que l'alinéa *a* de l'article 19 couvre à la fois les trois hypothèses qu'une analyse plus précise permet de dégager:

- Celle des clauses de réserves interdisant toute réserve;
- Celle des clauses de réserves interdisant des réserves à des dispositions spécifiées;
- Celle, enfin, des clauses de réserves interdisant certaines catégories de réserves.

12) Cette précision a paru d'autant plus utile à la Commission que la troisième de ces hypothèses pose des problèmes (d'interprétation⁸²¹) de même nature que ceux suscités par le critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité, que certaines clauses reprennent du

⁸¹⁹ À propos de cette disposition, P.-H. Imbert a noté que «[l]'influence de l'avis [de la CIJ sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* adopté deux mois auparavant] est très nette puisqu'une telle clause revient à préserver les dispositions qui ne pourront faire l'objet de réserves» (*Les réserves aux traités ... op. cit.*, p. 167); voir les autres exemples donnés *ibid.* ou *infra* dans le commentaire du projet de directive 3.1.2, par. 5 à 8.

⁸²⁰ Voir *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 69.

⁸²¹ «*Whether a reservation is permissible under exceptions a) or b) will depend on interpretation of the treaty*» [La validité d'une réserve au regard des exceptions prévues aux alinéas *a* et *b* dépendra de l'interprétation du traité] (A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, *op. cit.*, p. 110).

reste expressément⁸²². En indiquant que ces réserves interdites sans référence à une disposition particulière du traité relèvent cependant de l'alinéa *a* de l'article 19 des Conventions de Vienne, la Commission entend mettre l'accent d'emblée sur l'unité du régime juridique applicable aux réserves mentionnées dans les trois alinéas de l'article 19.

3.1.2 Définition des réserves déterminées

Aux fins de la directive 3.1, l'expression «réserves déterminées» s'entend de réserves expressément envisagées dans le traité à certaines dispositions du traité ou au traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers.

Commentaire

1) Une lecture rapide de l'alinéa *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne pourrait donner à penser qu'il est l'une des faces de la médaille dont l'alinéa *a* serait l'autre. La symétrie cependant est loin d'être totale. Pour qu'elle existe, il eût fallu que l'on prévienne qu'une réserve autre que celles expressément prévues par le traité est interdite. Mais tel n'est pas le cas: l'alinéa *b* comporte deux précisions supplémentaires qui interdisent des simplifications abusives; l'interdiction implicite de certaines réserves résultant de cette disposition, bien plus complexe qu'elle le paraît, suppose que trois conditions soient remplies:

- a) La clause de réserve figurant dans le traité doit envisager la formulation de réserves;
- b) Les réserves en question doivent être «déterminées»; et
- c) Il doit être spécifié que «seules» elles «peuvent être faites»⁸²³.

L'objet du projet de directive 3.1.2 est de préciser le sens de l'expression «réserves déterminées», qui n'est pas définie par les Conventions de Vienne alors que cette qualification peut avoir d'importantes conséquences quant au régime juridique applicable puisque,

⁸²² Voir les exemples donnés *supra*, dans la note 813. Il s'agit là d'un exemple particulier de «catégories de réserves interdites» – de manière particulièrement incertaine il est vrai.

⁸²³ Sur ce mot, voir *supra* le commentaire du projet de directive 3.1, par. 6 et 7.

notamment, les réserves qui ne sont pas «déterminées» peuvent être soumises à l'obligation de respecter le test de l'objet et du but du traité⁸²⁴.

2) L'origine de l'alinéa *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne remonte au paragraphe 3 du projet d'article 37 soumis à la CDI en 1956 par Fitzmaurice:

«Lorsque le traité lui-même permet certaines réserves déterminées ou une certaine catégorie de réserves, il y a présomption que toutes les autres réserves sont exclues et ne peuvent être acceptées»⁸²⁵.

C'est cette idée que Waldock a reprise dans le projet d'article 17, paragraphe 1 a), qu'il a proposé en 1962, que la Commission a retenue dans le projet d'article 18, paragraphe 1 c), qu'elle a adopté la même année⁸²⁶ et qui, moyennant des modifications rédactionnelles mineures, est passée dans l'article 16, alinéa *b*, du projet de 1966⁸²⁷ puis dans l'article 19 de la Convention – non sans contestations d'ailleurs, puisque lors de la Conférence de Vienne plusieurs amendements ont visé à supprimer cette disposition⁸²⁸ au prétexte qu'elle était «trop rigide»⁸²⁹

⁸²⁴ Voir *infra*, le projet de directive 3.1.4.

⁸²⁵ Premier rapport, A/CN.4/101, *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 118; voir aussi p. 130, par. 95.

⁸²⁶ Voir *supra* le commentaire du projet de directive 3.1.1., par. 3 et 4.

⁸²⁷ Voir *supra* note 803.

⁸²⁸ Amendements des États-Unis et de la Colombie (A/CONF.39/C.1/L.126 et Add.1) et de la R.F.A. (A/CONF.39/C.1/L.128), qui visaient expressément à la suppression de l'alinéa *b*, et de l'URSS (A/CONF.39/C.1/L.115), de la France (A/CONF.39/C.1/L.169), de Ceylan (A/CONF.39/C.1/L.139), de l'Espagne (A/CONF.39/C.1/L.147), qui proposaient des remaniements de vaste portée de l'article 16 (ou des articles 16 et 17) qui auraient également entraîné la disparition de cette disposition (pour le texte de ces amendements, voir *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), p. 144 et 145, par. 174 à 177). Lors de la discussion du projet par la CDI, certains membres avaient également estimé que cette disposition était superflue (*Annuaire ... 1965*, vol. I, 797^e séance, 8 juin 1965, Yasseen, p. 165, par. 18; Tounkine, *ibid.*, par. 29 – mais, pour une position plus nuancée, voir *ibid.*, p. 166, par. 33; ou Ruda, p. 169, par. 70).

⁸²⁹ Selon les termes des représentants des États-Unis et de la Pologne lors de la 21^e séance de la Commission plénière (10 avril 1968, *Comptes rendus analytiques* (A/CONF.39/11), p. 117, par. 8, et p. 127, par. 42); voir aussi la déclaration du représentant de l'Allemagne (*ibid.*, p. 119, par. 23).

ou inutile comme faisant double emploi avec l'alinéa *a*⁸³⁰ ou non confirmée par la pratique⁸³¹; tous furent cependant retirés ou rejetés⁸³².

3) La seule modification apportée à l'alinéa *b* fut introduite par un amendement polonais visant à ajouter le mot «que» après «n'autorise», qui fut accepté par le Comité de rédaction de la Conférence de Vienne «dans un souci de clarté»⁸³³. Cette présentation anodine ne doit pas occulter la très grande portée pratique de cette précision qui, en réalité, inverse la présomption retenue par la Commission et, toujours dans le projet poursuivi par les pays de l'Est de faciliter au maximum la formulation de réserves, en ouvre la possibilité même lorsque les négociateurs ont pris la précaution d'indiquer expressément des dispositions auxquelles une réserve est permise⁸³⁴. Toutefois cet amendement ne dispense pas une réserve qui n'est ni expressément autorisée ni implicitement interdite de respecter le critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité⁸³⁵. Telle est la raison pour laquelle, dans la rédaction du projet de directive 3.1.2, la Commission a opté pour le mot «envisagées» plutôt que pour le mot «autorisées» pour qualifier les réserves en question, par contraste avec l'expression «réserve expressément autorisée», qui figure à l'article 20, paragraphe 1, des Conventions de Vienne.

⁸³⁰ Colombie, *ibid.*, p. 123, par. 68.

⁸³¹ Suède, *ibid.*, p. 127, par. 29.

⁸³² Voir *ibid.*, p. 148 et 149, par. 181 à 188 et les explications de l'expert-conseil, Sir Humphrey Waldock, *Comptes rendus analytiques* (A/CONF.39/11), 24^e séance, 16 avril 1968, p. 137, par. 6 et les résultats des votes sur ces amendements, *ibid.*, 25^e séance, 16 avril 1968, p. 146, par. 23 à 25.

⁸³³ A/CONF.39/C.1/L.136; voir *Comptes rendus analytiques* (A/CONF.39/11), Commission plénière, 70^e séance, 14 mai 1968, p. 452, par. 16. Déjà en 1965, durant la discussion à la CDI du projet d'article 18 b) revu par le Comité de rédaction, Castrén avait proposé d'ajouter «que» après «n'autorise» à l'alinéa *b* (*Annuaire ... 1965*, vol. I, 797^e séance, 8 juin 1965, p. 164, par. 14 et 813^e séance, 29 juin 1965, p. 288, par. 13; voir aussi la proposition similaire de Yasseen, *ibid.*, par. 11), ce qui ne fut, finalement, pas accepté après un nouveau renvoi au Comité de rédaction (voir *ibid.*, 816^e séance, p. 308, par. 41).

⁸³⁴ En ce sens, voir F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations ... op. cit.*, p. 114, Liesbeth Lijnzaad, *Reservations to UN Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, T.M.C. Asser Institut, (Dordrecht: Nijhoff, 1994), p. 39, Jean-Marie Ruda, «Reservations to Treaties...» *op. cit.*, p. 181 ou Renata Szafarz, «Reservations to Multilateral Treaties», *Polish Y.B.I.L.* (1970), p. 299 et 300. De telles formules limitatives ne sont d'ailleurs pas inhabituelles – voir par exemple l'article 17, par. 1, de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1954 («1. Au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, tout État peut formuler des réserves aux articles 11, 14 et 15; 2. Il ne peut être fait d'autres réserves à la présente Convention») et les autres exemples donnés par R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados ... op. cit.*, p. 128 et 129. Sur l'importance de l'inversion de la présomption, voir aussi M. Robinson, *Annuaire ... 1995*, vol. I, 2402^e séance, *Annuaire ... 1995*, vol. I, p. 169, par. 17.

⁸³⁵ Voir *infra*, le projet de directive 3.1.3 et son commentaire, en particulier, par. 2 et 3.

4) En pratique, la typologie des clauses de réserves permissives est comparable à celles des dispositions prohibitives et elles posent le même genre de problèmes en ce qui concerne la détermination *a contrario* des réserves qui ne peuvent être formulées⁸³⁶:

- Certaines autorisent les réserves à des dispositions particulières, expressément et limitativement énumérées soit positivement, soit négativement;
- D'autres autorisent des catégories déterminées de réserves;
- D'autres enfin (rares) autorisent les réserves en général.

5) L'article 12, paragraphe 1, de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental paraît constituer une illustration de la première de ces catégories:

«Au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, tout État pourra formuler des réserves aux articles de la Convention autres que les articles 1 à 3 inclus»⁸³⁷.

Comme Sir Ian Sinclair l'a fait remarquer, «*Article 12 of the 1958 Convention did not provide for specified reservations, even though it may have specified articles to which reservations might be made*»⁸³⁸ [l'article 12 de la Convention de 1958 ne prévoit rien en ce qui concerne les réserves déterminées, alors même qu'elle précise les articles auxquels des réserves pourraient être faites] et ni la portée, ni les effets de cette autorisation ne vont, dès lors, de soi comme le montrent l'arrêt de la C.I.J. dans les affaires de la *Délimitation du plateau continental de la mer du Nord*⁸³⁹ et, surtout, la sentence arbitrale rendue en 1977 dans l'affaire de la *mer d'Iroise*⁸⁴⁰.

⁸³⁶ Voir *supra* le projet de directive 3.1.1 et son commentaire.

⁸³⁷ Pour sa part, l'article 309 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose: «La Convention n'admet ni réserves ni exceptions autres que celles qu'elle autorise expressément» (sur cette disposition, voir A. Pellet, «Les réserves aux conventions sur le droit de la mer» op. cit., p. 505 à 511). Il peut arriver que le traité fixe un nombre maximal de réserves ou de dispositions pouvant faire l'objet de réserves (voir par exemple l'article 25 de la Convention européenne de 1967 en matière d'adoption des enfants). Ces dispositions sont à rapprocher de celles qui autorisent les Parties à accepter certaines obligations ou à opérer un choix entre les dispositions d'un traité, qui ne constituent pas des clauses de réserves *stricto sensu* (voir les projets de directives 1.4.6 et 1.4.7 de la CDI et leur commentaire in Rapport de la CDI (2000) (A/55/10), p. 222 à 235).

⁸³⁸ Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention* op. cit., p. 73. Sur la distinction entre réserves déterminées (*specified*) et non déterminées, voir aussi *infra*, par. 11 à 13.

⁸³⁹ Voir l'Arrêt du 20 février 1969, *Recueil* 1969, p. 38 à 41.

⁸⁴⁰ Sentence du 30 juin 1977, *R.S.A.* XVIII, p. 161 à 165, par. 39 à 44.

6) Dans cette affaire, le Tribunal arbitral a souligné que:

«Les termes clairs de l'article 12 [de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental] autorisent tout État contractant, notamment la République française, à subordonner son consentement à être lié par la Convention à des réserves aux articles autres que les articles 1 à 3 inclus»⁸⁴¹.

Néanmoins,

«l'article 12 ne peut pas être compris comme obligeant les États à accepter d'avance n'importe quelle sorte de réserve à des articles autres que les articles 1 à 3. Une telle interprétation de l'article 12 reviendrait presque à donner licence aux États contractants pour une rédaction de leur propre traité, ce qui dépasserait manifestement le but de cet article. Ce ne serait que si l'article en question avait autorisé la formulation de réserves spécifiques que l'on pourrait considérer que des parties à la Convention ont accepté d'avance une réserve déterminée. Or tel n'est pas le cas ici, car l'article 12 autorise la formulation de réserves à des articles autres que l'article 1 à 3 en des termes très généraux»⁸⁴².

7) Il en va différemment lorsque la clause de réserve définit les catégories de réserves autorisées. Un exemple en est donné par l'article 39 de l'Acte général d'arbitrage de 1928:

«1. Indépendamment de la faculté mentionnée à l'article précédent⁸⁴³], une Partie pourra, en adhérant au présent Acte général, subordonner son acceptation aux réserves limitativement énumérées dans le paragraphe suivant. Ces réserves devront être indiquées au moment de l'adhésion.

2. Ces réserves pourront être formulées de manière à exclure des procédures décrites par le présent Acte:

⁸⁴¹ Ibid., p. 161, par. 39.

⁸⁴² Ibid.

⁸⁴³ L'article 38 prévoit que les Parties peuvent adhérer à certaines parties de l'Acte général seulement.

- a) Les différends nés de faits antérieurs, soit à l'adhésion de la Partie qui formule la réserve, soit à l'adhésion d'une autre Partie avec laquelle la première viendrait à avoir un différend;
- b) Les différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des États;
- c) Les différends portant sur des affaires déterminées, ou des matières spéciales nettement définies, telles que le statut territorial, ou rentrant dans des catégories bien précisées.»

Comme la CIJ l'a relevé dans son arrêt de 1978 relatif au *Plateau continental de la mer Égée*:

«Quand un traité multilatéral prévoit ainsi que seules seront admises des réserves de catégories déterminées spécialement désignées, il existe évidemment une forte probabilité, si ce n'est une véritable présomption, pour que les réserves exprimées dans des termes repris du traité soient destinées à s'appliquer aux catégories correspondantes visées par celui-ci»,

quand bien même les États ne suivent pas «scrupuleusement le schéma» prévu dans la clause de réserve⁸⁴⁴.

8) Un autre exemple, particulièrement célèbre et commenté⁸⁴⁵, de clause autorisant les

⁸⁴⁴ Arrêt du 19 décembre 1978, *Recueil 1978*, p. 23, par. 55.

⁸⁴⁵ Voir Angela Bonifazi, «La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», in *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme* (Actes de la table ronde organisée à Bari les 17 et 18 décembre 1973 par la Faculté de droit de l'Université de Bari), Levante, Bari, 1974, p. 301 à 319; Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Paris, 1989, p. 86 à 93; J. A. Frowein, «Reservations to the European Convention on Human Rights» in *Protecting Human Rights: The European Dimension – Studies in Honour of Gerard J. Warda*, C. Heymanns Verlag, Köln, 1988, p. 193 à 200; Pierre-Henri Imbert, «Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire Temeltasch)», *R.G.D.I.P.* 1983, p. 580 à 625 (également publié en anglais: «Reservations to the European Convention on Human Rights Before the Strasbourg Commission: The *Temeltasch* Case», *ICLQ*, vol. 33 (1984), p. 558 à 595); Rolf Kühner, «Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Problematik des Art. 64 MRK am Beispiel der schweizerischen "auslegenden Erklärung" zu Art. 6 Abs. 3 lit. e MRK», *ZaöRV*, vol. 42, 1982, p. 58 à 92 (summary in English); S. Marcus-Helmons, «L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme», *R.D.I.D.C.*, 1968, p. 7 à 26; Maria Jose Morais Pires, *As reservas a Convenção europeia dos direitos do homem*, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1997, 493 pages; Rosario Sapienza, «Sull'ammissibilità di riserve all'accettazione della competenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo», *Rivista di D.I.*, 1987, p. 641 à 653, et William A. Schabas, «Article 64» in E. Decaux, P.-H. Imbert et L. Pettiti dirs., *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, p. 923 à 942.

réerves (et se rattachant pour sa part à la deuxième des catégories mentionnées ci-dessus⁸⁴⁶) est fourni par l'article 57 (ex-64) de la Convention européenne des droits de l'homme:

- «1. Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.
2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause.».

Dans ce cas, la faculté de formuler des réserves est limitée à la fois par des conditions de forme et de fond; outre les habituelles limitations *ratione temporis*⁸⁴⁷, une réserve à la Convention de Rome doit:

- Se référer à une disposition particulière de la Convention;
- Être justifiée par l'état de la législation de son auteur au moment de la formulation de la réserve;
- Ne pas «être rédigée en des termes trop vagues ou amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exact»⁸⁴⁸; et
- Être accompagnée d'un bref exposé permettant d'apprécier «l'étendue de la disposition de la Convention dont l'État entend écarter l'application par une réserve...»⁸⁴⁹.

⁸⁴⁶ Par. 4. Pour d'autres exemples, voir A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* op. cit., p. 109 et 110; S. Spiliopoulou Åkermark, «Reservations clauses in Treaties concluded within the Council of Europe»... op. cit., p. 495 et 496; William Bishop, Jr., «Reservations to Treaties», *Recueil des Cours* ..., vol. 103 1961-II, p. 323 et 324 ou P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public* op. cit., p. 181; voir aussi le tableau présentant les conventions du Conseil de l'Europe relevant des clauses se rattachant à chacune de deux premières catégories de clauses de réserves permissives mentionnées au paragraphe 38 ci-dessus, in C. R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados* ..., op. cit., p. 125 et les autres exemples d'autorisations partielles donnés par cet auteur, p. 126 à 129.

⁸⁴⁷ Voir *supra* le commentaire du projet de directive 3.1, note 768.

⁸⁴⁸ Affaire *Belilos*, Arrêt du 29 avril 1988, C.E.D.H., *série A*, vol. 132, p. 25, par. 55.

⁸⁴⁹ Rapport de la Commission, 5 mai 1982, *Temeltasch*, requête n° 9116/80, rapport du 5 mai 1982, *Annuaire Commission européennes des droits de l'homme*, vol. 25, par. 90.

L'appréciation de la réalisation de chacune de ces conditions pose des problèmes. Il n'en reste pas moins que l'on doit sans aucun doute considérer que les réserves autorisées par la Convention de Rome sont «déterminées» au sens de l'article 19 b) des Conventions de Vienne et que seules de telles réserves sont valides.

9) On a fait remarquer que le libellé de l'article 57 de la Convention européenne des droits de l'homme «n'est pas fondamentalement différent»⁸⁵⁰ de celui retenu par exemple à l'article 26, paragraphe 1, de la Convention du Conseil de l'Europe sur l'extradition de 1957:

«Toute Partie contractante pourra, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, formuler une réserve au sujet d'une ou de plusieurs dispositions déterminées de la Convention»,

alors même que l'on peut voir dans cette dernière disposition une autorisation générale.

Toutefois, alors que le genre de réserves qui peuvent être formulées à la Convention européenne des droits de l'homme est «déterminé», ici, l'autorisation n'est limitée que par l'exclusion des réserves transversales⁸⁵¹.

10) Au demeurant une autorisation générale des réserves⁸⁵² elle-même ne résout pas forcément tous les problèmes. Elle laisse notamment entières les questions de savoir si les autres Parties peuvent néanmoins y objecter⁸⁵³ et si ces réserves autorisées⁸⁵⁴ sont soumises au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité⁸⁵⁵. Cette dernière question fait l'objet du projet de

⁸⁵⁰ P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités ...*, op. cit., p. 186; voir aussi R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados ...* op. cit., p. 122.

⁸⁵¹ Sur cette notion, voir le projet de directive 1.1.1 du Guide de la pratique de la CDI et son commentaire *in* Rapport de la CDI (1999) (A/54/10), *Annuaire ... 1999*, vol. II, deuxième partie, p. 98 à 100.

⁸⁵² Pour un autre exemple, encore plus net, voir l'article 18.1 de la Convention européenne de 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes: «Tout État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer faire usage d'une ou de plusieurs réserves.»

⁸⁵³ Ce qu'elles prévoient parfois expressément (voir par exemple l'article VII de la Convention de 1952 sur les droits politiques de la femme et les remarques à ce sujet de R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados ...*, op. cit., p. 121).

⁸⁵⁴ On ne peut raisonnablement soutenir que l'alinéa *b* pourrait inclure des réserves «implicitement autorisées» – ne fût-ce que parce que toutes celles qui ne sont pas interdites sont, *a contrario*, autorisées, sous réserve des dispositions de l'alinéa *c*.

⁸⁵⁵ Voir les questions posées par S. Spiliopoulou Åkermark, «Reservations clauses in Treaties concluded within the Council of Europe» ... op. cit., p. 496 et 497 ou R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados ...*, op. cit., p. 124.

directive 3.1.4⁸⁵⁶, qui distingue à cet égard entre les réserves déterminées dont la clause de réserve précise le contenu et celles qui laissent celui-ci relativement ouvert.

11) Cette distinction ne va pas de soi. Elle a notamment suscité des controverses à la suite de l'arbitrage de la *mer d'Iroise* (1977) et a divisé la Commission au sein de laquelle des opinions diversifiées ont été défendues. Pour certains une réserve est déterminée si le traité indique précisément les limites dans lesquelles elle peut être formulée; ces critères se substituant alors (mais seulement dans ce cas) à celui de l'objet et du but⁸⁵⁷. D'autres relèvent que ceci se produit très exceptionnellement, voire même exclusivement dans le cas, rare, des «réserves négociées»⁸⁵⁸ et que, au surplus, la CDI n'a pas retenu une proposition de M. Rosenne visant à remplacer l'expression «réserves déterminées», qu'il jugeait «trop restreinte» par «réserves à des dispositions déterminées»⁸⁵⁹; dès lors, il serait irréaliste d'exiger que le contenu des réserves déterminées soit fixé avec précision par le traité sauf à vider l'alinéa *b* de toute substance⁸⁶⁰. Selon un troisième point de vue, une conciliation est possible entre la thèse, sans doute excessive, qui exige que le contenu des réserves envisagées soit fixé avec précision par la clause de réserve et celle qui assimile une réserve déterminée à une «réserve expressément autorisée par le traité»⁸⁶¹ alors que les articles 19 b) et 20, paragraphe 1, utilisent des expressions différentes. En conséquence il a été proposé d'admettre que les réserves déterminées au sens de l'alinéa *b* de

⁸⁵⁶ Pour le commentaire du projet de directive 3.1.4, voir C.2.

⁸⁵⁷ D. W. Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral Treaties», ... op. cit., p. 71 et 72.

⁸⁵⁸ Sur cette notion, voir les commentaires à la directive 1.1.8 (Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion) in Rapport de la CDI (2000), A/55/10, p. 201, par. 11). Voir aussi W. Paul Gormley, «The Modification of Multilateral Conventions by Means of “Negotiated Reservations” and Other “Alternatives”: A Comparative Study of the ILO and Council of Europe», Part I, *Fordham Law Review*, vol. 39, p. 59 (1970-1971), p. 75 et 76. Cf. l'annexe à la Convention européenne pour la responsabilité civile pour les dommages causés par les véhicules à moteur, qui ouvre à la Belgique la faculté de faire une réserve particulière durant trois ans ou l'article 32, paragraphe 1 b) de la Convention européenne sur la télévision transfrontière de 1989, qui offre au seul Royaume-Uni la possibilité de formuler une réserve spécifiée; exemples donnés par Sia Spiliopoulou Åkermark, «Reservations clauses in Treaties concluded within the Council of Europe» ... op. cit., p. 499. Le principal exemple donné par D. Bowett pour illustrer sa thèse porte précisément sur une «réserve négociée» («Reservations to non-restricted multilateral Treaties», op. cit., p. 71).

⁸⁵⁹ *Annuaire ... 1965*, vol. I, 813^e séance, 29 juin 1965, p. 288, par. 7. P.-H. Imbert, «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», *A.F.D.I.* 1978, p. 52, relève cependant que, bien que M. Rosenne n'ait pas été suivi, Sir Humphrey Waldock lui-même avait également procédé à cette assimilation (ibid., p. 289, par. 27).

⁸⁶⁰ P.-H. Imbert, ibid., p. 50 à 53.

⁸⁶¹ En ce sens, P.-H. Imbert, ibid., p. 53.

l'article 19 (et de la directive 3.1 b)) doivent d'une part porter sur des dispositions particulières et, d'autre part, répondre à certaines conditions spécifiées dans le traité, mais sans aller jusqu'à exiger que leur contenu soit prédéterminé⁸⁶².

12) Les précédents ne sont pas d'un grand secours pour trancher entre les points de vue opposés. Invoquée par les tenants de chacune de ces thèses, la sentence arbitrale de 1977 est plus utile pour définir ce qu'une réserve déterminée n'est pas que ce qu'elle est⁸⁶³. Il en résulte en effet que le simple fait qu'une clause de réserve autorise des réserves à certaines dispositions particulières du traité ne suffit pas à «déterminer» ces réserves au sens de l'alinéa *b* de l'article 19⁸⁶⁴, mais le Tribunal se borne à exiger que les réserves doivent être «spécifiques»⁸⁶⁵, sans indiquer quel est le test de cette spécificité. De plus, lors de la Conférence de Vienne, K. Yasseen, Président du Comité de rédaction, a assimilé les réserves déterminées à «celles qui sont expressément autorisées par le traité»⁸⁶⁶ sans autre précision.

13) En conséquence, une majorité de la Commission a estimé qu'une réserve devait être considérée comme déterminée si une clause de réserves indiquait les dispositions du traité auxquelles une réserve était possible ou, pour tenir compte du projet de directive 1.1.1 relatif aux «réserves verticales»⁸⁶⁷, précisait que des réserves étaient possibles au traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers. Toutefois, les divergences entre ces différents points de vue ne doivent pas être exagérées; sans doute, l'expression «réserves envisagées», qui a été préférée à «réserves autorisées», met-elle l'accent sur l'approche large choisie par la Commission, mais, dans le même mouvement, la Commission a introduit dans le projet de directive 3.1.4 une distinction entre les réserves déterminées dont le contenu est précisé et celles dont le contenu ne l'est pas, ces dernières étant soumises au test de leur conformité à l'objet et au but du traité.

⁸⁶² Voir le dixième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/558), par. 49.

⁸⁶³ Voir *supra*, par. 6.

⁸⁶⁴ Voir *supra*, par. 6 et 7.

⁸⁶⁵ En réalité, c'est l'autorisation qui doit porter sur des réserves spécifiques ou déterminées – mots que le Tribunal tient pour synonymes dans l'affaire de la *mer d'Iroise*.

⁸⁶⁶ A/CONF.39/C.1/SR.70, par. 23

⁸⁶⁷ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/54/10), p. 169 à 174.

3.1.3 Validité des réserves non interdites par le traité

Lorsque le traité interdit la formulation de certaines réserves, une réserve qui n'est pas interdite par le traité ne peut être formulée par un État ou une organisation internationale que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité

Commentaire

- 1) Les projets de directives 3.1.3 et 3.1.4 précisent la portée des alinéas *a* et *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne (dont le projet de directive 3.1 reproduit le texte dans sa version de 1986). Ces deux projets explicitent ce qui n'est qu'implicite dans les Conventions, à savoir que, sauf disposition contraire du traité – et, en particulier si celui-ci autorise des réserves déterminées telles que le projet de directive 3.1.2 les définit –, toute réserve doit remplir la condition fondamentale figurant à l'alinéa *c* de l'article 19: ne pas être incompatible avec l'objet et le but du traité.
- 2) Ce principe constitue l'un des éléments fondamentaux du système flexible consacré par le régime de Vienne en ce qu'il tempère le «relativisme radical»⁸⁶⁸ résultant du système panaméricain, qui réduit les conventions multilatérales à un réseau de relations bilatérales⁸⁶⁹, tout en évitant la rigidité résultant du système de l'unanimité.
- 3) Apparue en matière de réserves dans l'avis de la C.I.J. de 1951⁸⁷⁰, la notion d'objet et but du traité⁸⁷¹ s'est progressivement imposée et est devenue aujourd'hui le point d'équilibre entre la nécessité de préserver l'essentiel du traité et la volonté de faciliter l'adhésion du plus grand nombre d'États possible aux conventions multilatérales. Il existe cependant une grande différence entre le rôle du critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité selon l'avis

⁸⁶⁸ P. Reuter, Introduction au droit des traités, op. cit., p. 73, par. 130. L'auteur applique l'expression au système retenu par la CIJ dans son avis de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* (*Recueil 1951*, p. 15); cette qualification s'applique mieux encore au système panaméricain.

⁸⁶⁹ Sur le système panaméricain, voir la bibliographie figurant dans P.-H. Imbert, Les réserves aux traités, op. cit., p. 485 et 486. *Adde*, outre la description de P.-H. Imbert lui-même (ibid., p. 33 à 38): M.M. Whiteman, *Digest of International Law*, Department of State, Washington D.C., vol. 14, 1970, p. 141 à 144 ou J. M. Ruda, «Reservations to Treaties...», op. cit., p. 115 à 133.

⁸⁷⁰ *Recueil 1951*, p. 24 et 26.

⁸⁷¹ Cette notion sera définie dans le projet de directive 3.1.5.

de 1951 d'une part et l'alinéa *c* de l'article 19 de la Convention d'autre part⁸⁷². Dans l'avis, il s'appliquait aussi bien à la formulation des réserves qu'à celle des objections:

«L'objet et le but assignent ainsi des limites tant à la liberté d'apporter des réserves qu'à celle d'y objecter»⁸⁷³.

Dans la Convention, il est confiné aux seules réserves: l'article 20 ne limite pas la faculté des autres États contractants de formuler des objections.

4) Toutefois, s'il ne fait aucun doute qu'aujourd'hui l'exigence de la conformité d'une réserve à l'objet et au but du traité sur lequel elle porte est le reflet d'une règle coutumière que nul ne remet en cause⁸⁷⁴, son contenu demeure flou⁸⁷⁵ et les conséquences du non-respect de ce critère sont empreintes d'une certaine incertitude⁸⁷⁶. En outre, l'article 19 ne lève pas les ambiguïtés qui marquent son champ d'application.

5) Le principe énoncé à l'alinéa *c*, selon lequel une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité ne peut être formulée, ne présente qu'un caractère subsidiaire car il n'intervient qu'en dehors des hypothèses envisagées par les paragraphes 2 et 3 de l'article 20 de la Convention⁸⁷⁷ et si le traité lui-même ne règle pas le sort des réserves.

⁸⁷² Voir M. Coccia, «Reservations to multilateral Treaties on Human Rights» ... op. cit., p. 9; L. Lijnzaad, *Reservations to Un Human Rights Treaties* ..., op. cit., p. 40; Manuel Rama-Montaldo, «Human Rights Conventions and Reservations to Treaties», *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 1265 et 1266 ou I. Sinclair, *The Vienna Convention* ..., op. cit., p. 61.

⁸⁷³ *Recueil 1951*, p. 24.

⁸⁷⁴ Voir les nombreux arguments en ce sens donnés par C. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados*, op. cit., p. 138 à 143. Voir également les Conclusions préliminaires de la CDI de 1997, dans lesquelles elle a estimé que «les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986 déterminent le régime des réserves aux traités et qu'en particulier le critère de l'objet et du but du traité est celui qui revêt le plus d'importance aux fins de l'établissement de la licéité des réserves» (*Annuaire ... 1997*, vol. II, deuxième partie, p. 57, par. 1).

⁸⁷⁵ Voir les projets de directives 3.1.5 à 3.1.13 proposés par le Rapporteur spécial dans son dixième rapport (A/CN.4/558/Add.1).

⁸⁷⁶ Voir not. les projets de directives 3.3 à 3.3.4 proposés par le Rapporteur spécial dans son dixième rapport (A/CN.4/558/Add.1).

⁸⁷⁷ Cas des traités à participation restreinte et des actes constitutifs des organisations internationales. Ces hypothèses ne constituent pas des cas d'interdictions implicites de formuler une réserve; ils réintroduisent, pour des traités de types particuliers, le système de l'unanimité.

6) S'il le fait, plusieurs hypothèses doivent être distinguées, qui appellent des réponses différentes à la question de savoir si les réserves ainsi réglementées sont ou non soumises au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité. Dans deux de ces hypothèses, la réponse est clairement négative:

- Il ne fait aucun doute qu'une réserve expressément interdite par le traité ne saurait être tenue pour valide au prétexte qu'elle serait compatible avec l'objet et le but du traité⁸⁷⁸;
- Il en va de même pour les réserves *déterminées*: expressément autorisées par le traité à des conditions spécifiées, elles sont valides de plein droit, sans avoir à être acceptées par les autres États contractants⁸⁷⁹ et elles ne sont pas soumises au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité⁸⁸⁰.

De l'avis de la Commission, ces évidences ne méritent pas d'être énoncées dans des dispositions particulières du Guide de la pratique; elles sont la conséquence directe et inévitable de l'article 19 c) des Conventions de Vienne, dont le texte est reproduit dans le projet de directive 3.1.

7) Il en va différemment dans deux autres hypothèses qui résultent *a contrario* des dispositions des alinéas *a* et *b* de l'article 19:

- Celle dans laquelle une réserve est implicitement autorisée du fait qu'elle n'entre pas dans le cadre des réserves interdites (al. *a*);
- Celle dans laquelle une réserve est autorisée, mais sans être «déterminée» au sens de l'alinéa *b* explicité par le projet de directive 3.1.2.

⁸⁷⁸ Dans ses observations sur le projet adopté en première lecture par la CDI, le Canada avait suggéré «que l'on envisage d'étendre la règle de la compatibilité des réserves avec l'objet et le but du traité aux réserves faites en application de dispositions expresses d'un traité, afin de ne pas établir des critères distincts selon que le traité garde le silence sur la formulation des réserves ou au contraire qu'il autorise les réserves» (Sir Humphrey Waldock, quatrième rapport, A/CN.4/177, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 48). Cette proposition (pas très claire) n'a pas été retenue par la Commission; voir dans le même sens celle (plus claire) de Briggs in *Annuaire ... 1962*, vol. I, 663^e séance, 18 juin 1962, p. 246, par. 13 et 14, et *ibid.*, 1965, vol. I, 813^e séance, 29 juin 1965, p. 288, par. 10; *contra*: Ago, *ibid.*, par. 16.

⁸⁷⁹ Cf. art. 20, par. 1.

⁸⁸⁰ Voir *supra*, le projet de directive 3.1.2 et son commentaire.

8) Dans l'un comme dans l'autre de ces deux cas, on ne saurait présumer que l'autorisation conventionnelle de formuler des réserves équivaut à un blanc-seing donné aux États ou aux organisations internationales de formuler n'importe quelle réserve, quand bien même celle-ci viderait le traité de sa substance.

9) S'agissant des réserves implicitement autorisées, Sir Humphrey Waldock avait admis, dans son quatrième rapport sur le droit des traités, que l'«[o]n pourrait concevoir comme exception [au principe de la validité de plein droit des réserves autorisées par le traité] le cas où le traité interdit expressément certaines réserves déterminées et, ce faisant, en autorise implicitement d'autres; en effet, on pourrait considérer que la compatibilité avec l'objet et le but du traité demeure alors une condition tacite de la recevabilité des autres réserves». Il avait cependant écarté cette éventualité non pas parce que ceci était inexact mais parce que «ce serait peut-être pousser trop loin le souci de préciser les règles concernant les intentions des parties et il y a avantage à ce que les règles énoncées à l'article 18 [devenu l'article 19 de la Convention] restent aussi simples que possible»⁸⁸¹. Ces considérations ne sont pas pertinentes en ce qui concerne le Guide de la pratique dont l'ambition est précisément de fournir aux États des réponses cohérentes à l'ensemble des questions qu'ils peuvent se poser en matière de réserves.

10) Telles sont les raisons pour lesquelles le projet de directive 3.1.3 précise que les réserves «implicitement autorisées» du fait qu'elles ne sont pas formellement exclues par le traité doivent être compatibles avec l'objet et le but du traité. Il serait en effet pour le moins paradoxal que les réserves à des traités contenant des clauses de réserves soient admises plus libéralement que dans le cas de traités qui n'en comportent pas⁸⁸². Dans cette hypothèse, le critère de la conformité à l'objet et au but du traité s'applique.

3.1.4 Validité des réserves déterminées

Lorsque le traité envisage la formulation de réserves déterminées sans en préciser le contenu, une réserve ne peut être formulée par un État ou une organisation internationale que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité.

⁸⁸¹ Rapport A/CN.4/177, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 53, par. 4.

⁸⁸² En ce sens, Rosenne in *Annuaire ... 1965*, vol. I, p. 164, 797^e séance, 8 juin 1965, par. 10.

Commentaire

1) Le projet de directive 3.1.3 précise que les réserves qui ne sont pas interdites par le traité n'en sont pas moins soumises au respect du critère de l'objet et du but du traité. Le projet de directive 3.1.4 fait de même s'agissant des réserves déterminées au sens du projet de directive 3.1.1 lorsque le traité n'en précise pas le contenu. Le problème se pose en effet de la même manière et les considérations présentées à l'appui du projet de directive 3.1.3 s'appliquent *mutatis mutandis* dans cette hypothèse.

2) L'amendement de la Pologne à l'alinéa *b* adopté par la Conférence de Vienne en 1968 a limité l'hypothèse de l'interdiction implicite des réserves aux seuls traités disposant «que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites»⁸⁸³. Mais, il n'en résulte pas que les réserves ainsi autorisées peuvent être faites à bien plaisir: le raisonnement applicable aux réserves non interdites⁸⁸⁴ s'applique ici: dès lors que l'on retient la définition large des réserves déterminées qui a la faveur de la majorité des membres de la Commission⁸⁸⁵, il convient de distinguer parmi celles-ci entre les réserves dont le contenu est précisé dans le traité lui-même d'une part et celles qui sont permises en principe mais dont il n'y a pas de raison de présumer qu'elles peuvent vider le traité de son objet et de son but. Ces dernières doivent être soumises aux mêmes conditions générales que les réserves à des traités ne comportant pas de clauses spécifiques.

3) La modification apportée à l'alinéa *c* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 à la suite de l'amendement polonais plaide d'ailleurs en ce sens. Dans le texte de la CDI, cet alinéa était rédigé ainsi:

«c) Que la réserve, à défaut de dispositions sur les réserves dans le traité, ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité»⁸⁸⁶.

Ceci était dans la logique de l'alinéa *b* qui interdisait la formulation de réserves autres que celles autorisées par une clause de réserves. Dès lors qu'une autorisation n'est plus interprétée

⁸⁸³ Voir le commentaire du projet de directive 3.1.2, par. 3.

⁸⁸⁴ Voir le commentaire du projet de directive 3.1.3, par. 9.

⁸⁸⁵ Voir le commentaire du projet 3.1.2, par. 13.

⁸⁸⁶ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 220.

a contrario comme excluant automatiquement d'autres réserves, la formule ne pouvait être maintenue⁸⁸⁷; elle fut donc modifiée en faveur du libellé actuel par le Comité de rédaction de la Conférence de Vienne⁸⁸⁸. Il en résulte *a contrario* que si une réserve n'entre pas dans le champ d'application de l'alinéa *b* (du fait que son contenu n'est pas déterminé), elle est soumise au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité.

4) Tel a du reste été le raisonnement sur lequel s'est fondé le Tribunal arbitral qui a tranché le différend relatif à la *Mer d'Iroise* pour décider que le seul fait que l'article 12 de la Convention de Genève sur le plateau continental autorise certaines réserves sans en préciser le contenu⁸⁸⁹ ne permettait pas de conclure automatiquement à leur validité⁸⁹⁰.

5) Dans un cas de ce genre, la validité de la réserve «*cannot be assumed simply on the ground that it is, or purports to be, a reservation to an article to which reservations are permitted*»⁸⁹¹. [ne peut pas être présumée purement et simplement au prétexte qu'elle est, ou prétend être, une réserve à un article auquel des réserves sont permises]. Sa validité doit être appréciée à la lumière de sa compatibilité avec l'objet et le but du traité⁸⁹².

⁸⁸⁷ La Pologne n'avait cependant pas déposé d'amendement à l'alinéa *c* tirant les conséquences de celui qu'elle avait fait adopter à l'alinéa *b*. En revanche, un amendement du Viet Nam visant à supprimer le membre de phrase «à défaut de dispositions sur les réserves dans le traité» (A/CONF.39/C.1/L.125, *Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), p. 145, par. 177) a été rejeté par la Commission plénière (ibid., p. 148, par. 181).

⁸⁸⁸ Curieusement, le motif donné par le Président du Comité de rédaction ne lie pas cette modification de l'alinéa *c* à celle apportée à l'alinéa *b*: K. Yasseen s'est borné à indiquer que «[c]ertains membres du Comité ont estimé qu'il était concevable qu'un traité contienne des dispositions sur les réserves qui n'entrent dans aucune des catégories envisagées aux alinéas *a* et *b*» (*Comptes rendus analytiques* (A/CONF.39/11), Commission plénière, 70^e séance, 14 mai 1968, p. 452, par. 17). Voir déjà une remarque de Briggs allant en ce sens lors des débats de la CDI en 1965 (*Annuaire ... 1965*, vol. I, 796^e séance, 4 juin 1965, p. 161, par. 37).

⁸⁸⁹ Voir le commentaire du projet de directive 3.1.2, par. 5.

⁸⁹⁰ R.S.A. vol. XVIII, p. 161, par. 39. Voir le commentaire du projet de directive 3.1.2, par. 6.

⁸⁹¹ D. Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral Treaties», op. cit., p. 72. En ce sens, J. M. Ruda, «Reservations to Treaties...», op. cit., p. 182 ou Gérard Teboul, «Remarques sur les réserves aux conventions de codification», *R.G.D.I.P.* 1982, p. 691 et 692. *Contra* P.-H. Imbert, «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 ...», op. cit., p. 50 à 53; cette opinion, très fortement argumentée, ne tient pas suffisamment compte des conséquences de la modification apportée à l'alinéa *c* lors de la Conférence de Vienne (voir *supra* par. 3).

⁸⁹² C. Tomuschat donne un exemple pertinent: «*If, for example, a convention on the protection of human rights prohibits in a "colonial clause" the exception of dependent territories from the territorial scope of the treaty, it would be absurd to suppose that consequently reservations of any kind, including those relating to the most elementary guarantees of individual freedom, are authorised, even if by these restrictions the treaty would be deprived of its very substance*» («Admissibility and legal effects of reservations to multilateral Treaties ...», op. cit., p. 474) [Si, par exemple, une convention relative à la protection des droits de l'homme interdit, dans une "clause

6) Il va de soi, *a contrario*, que, lorsque le contenu d'une réserve déterminée est précisément indiqué dans la clause de réserves elle-même, une réserve conforme à cette disposition n'est pas soumise au critère de compatibilité avec l'objet et le but du traité.

1.6 Portée des définitions

Les définitions de déclarations unilatérales figurant dans le présent chapitre du Guide de la pratique sont sans préjudice de la validité et des effets de ces déclarations au regard des règles qui leur sont applicables.

Commentaire

1) Le projet de directive ci-dessus a été adopté par la Commission à titre provisoire en 1998 lors de sa cinquantième session dans une rédaction qui ne concernait que les réserves. Dans le projet de commentaire qui y était joint, il était indiqué que son titre et son emplacement dans le Guide de la pratique seraient déterminés ultérieurement et que la Commission envisagerait la possibilité de réunir dans un même *caveat* les réserves et les déclarations interprétatives, dont certains membres avaient fait valoir qu'ils posaient des problèmes comparables⁸⁹³. Lors de sa cinquante et unième session, la Commission dans son ensemble s'est ralliée à cette façon de voir et a estimé qu'il était nécessaire d'éclairer et de préciser la portée de l'ensemble des projets de directives relatives à la définition de l'ensemble des déclarations unilatérales qu'ils définissent pour bien mettre en évidence leur objet particulier.

2) Dans sa rédaction initiale, le projet de directive 1.6 disposait que:

«Les définitions de déclarations unilatérales figurant dans le présent chapitre du Guide de la pratique sont sans préjudice de la *licéité* et des effets de ces déclarations au regard des règles qui leur sont applicables».

Toutefois, lors de sa cinquante-septième session, certains membres ont fait valoir que le terme «licéité» n'était pas approprié: en droit international, un fait internationalement illicite entraîne la

coloniale», d'exclure les territoires dépendants du champ d'application territorial du traité, il serait absurde de supposer que, par voie de conséquence, toutes sortes de réserves sont autorisées, y compris en ce qui concerne la garantie des libertés les plus élémentaires, alors même que de telles réserves videraient le traité de sa substance même].

⁸⁹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 231 et 232.

responsabilité de son auteur⁸⁹⁴, ce qui n'est manifestement pas le cas de la formulation de réserves ne respectant pas les conditions de forme ou de fond imposées par les Conventions de Vienne en matière de réserves. Lors de sa cinquante-huitième session, la Commission a décidé de remplacer ce vocable par le mot «validité» qui a paru plus neutre à une majorité de ses membres. Le commentaire du projet de directive 1.6 a été modifié en conséquence⁸⁹⁵.

3) Définir n'est pas réglementer. «Énonciation des qualités essentielles d'un objet»⁸⁹⁶, une définition a pour seule fonction de déterminer à quelle catégorie générale se rattache telle ou telle déclaration. Mais cette classification ne préjuge nullement la validité des déclarations en cause: une réserve peut être valide ou non, elle demeure une réserve si elle répond à la définition retenue. *A contrario*, elle n'est pas une réserve si elle ne répond pas aux critères énoncés dans ces projets de directives, mais il n'en résulte pas forcément que ces déclarations soient valides (ou non valides) au regard d'autres règles du droit international. Et il en va de même des déclarations interprétatives dont on peut concevoir qu'elles ne soient pas valides soit parce qu'elles dénatureraient le traité, soit parce qu'elles n'auraient pas été formulées au moment requis⁸⁹⁷, etc.⁸⁹⁸.

4) Davantage même: la détermination exacte de la nature d'une déclaration est le préliminaire indispensable à l'application d'un régime juridique particulier et, d'abord, à l'appréciation de sa validité. Ce n'est qu'une fois qu'un instrument particulier est défini comme étant une réserve (ou une déclaration interprétative – simple ou conditionnelle) que l'on peut décider si elle est ou non valide, en apprécier la portée juridique et en déterminer les effets. Mais cette validité et ces effets ne sont pas affectés autrement par la définition, qui commande seulement la mise en œuvre des règles applicables.

⁸⁹⁴ Cf. l'article premier du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001.

⁸⁹⁵ Ainsi que le texte du projet de directive 2.1.8 et son commentaire. Pour le texte initial du commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 251 à 253.

⁸⁹⁶ *Grand Larousse encyclopédique*.

⁸⁹⁷ Ce problème peut fort bien surgir s'agissant des déclarations interprétatives conditionnelles (voir le projet de directive 1.2.1).

⁸⁹⁸ La même remarque vaut évidemment s'agissant des déclarations unilatérales qui ne sont ni des réserves ni des déclarations interprétatives mentionnées dans la section 1.4.

5) Ainsi par exemple, le fait qu'il soit indiqué dans le projet de directive 1.1.2 qu'une réserve «peut être formulée» dans tous les cas visés et dans le projet de directive 1.1 et dans l'article 11 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne signifie pas qu'une telle réserve est forcément valide; elle ne l'est que si elle remplit les conditions posées par le droit des réserves aux traités et, en particulier, celles posées à l'article 19 de ces conventions. De même, en consacrant la pratique bien établie des réserves «transversales» dans le projet de directive 1.1.1 [1.1.4], la Commission n'entend nullement se prononcer sur la validité d'une telle réserve dans un cas déterminé qui dépend de son contenu et du contexte; ce projet a pour seule fonction de montrer qu'une déclaration unilatérale présentant ce caractère constitue bien une réserve et qu'elle est soumise comme telle au régime juridique des réserves.

6) Les «règles ... applicables» auxquelles renvoie le projet de directive 1.6 sont d'abord les règles pertinentes figurant dans les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 et, d'une manière plus générale, les règles coutumières applicables aux réserves, aux déclarations interprétatives que le présent Guide de la pratique a pour objet de codifier et de développer progressivement conformément au mandat de la Commission, et celles relatives aux autres déclarations unilatérales que les États et les organisations internationales formulent en relation avec des traités, mais qui ne relèvent pas du Guide de la pratique.

7) Plus généralement, l'ensemble des projets de directives adoptés jusqu'à présent sont interdépendants et ne peuvent être lus et compris isolément.

2.1.8 [2.1.7 bis] Procédure en cas de réserves manifestement non valides

Lorsqu'une réserve est manifestement non valide de l'avis du dépositaire, celui-ci attire l'attention de l'auteur de la réserve sur ce qui constitue, à son avis, cette non-validité.

Si l'auteur de la réserve maintient celle-ci, le dépositaire en communique le texte aux États et organisations internationales signataires ainsi qu'aux États et organisations internationales contractants et, le cas échéant, à l'organe compétent de l'organisation internationale en cause, en indiquant la nature des problèmes juridiques posés par la réserve.

Commentaire

1) Lors de la discussion du projet de directive 2.1.7, certains membres de la Commission ont estimé que l'application pure et simple des règles qu'il prévoit en cas de réserve manifestement non valide se heurtait à des objections. Ils ont notamment fait valoir qu'il n'y avait pas de raison que l'on prévoie un examen approfondi de la validité formelle de la réserve par le depositaire – ce que fait le premier alinéa de la directive – tout en l'empêchant de réagir en cas de réserve manifestement non valide au point de vue matériel (en particulier lorsque les conditions posées à l'article 19 des Conventions de Vienne ne sont pas remplies).

2) Toutefois, lui permettre d'intervenir dans une telle hypothèse constitue un développement progressif du droit international dont il ne faut pas se dissimuler qu'il s'écarte de l'esprit dans lequel ont été rédigées les dispositions des Conventions de Vienne relatives aux fonctions des depositaires⁸⁹⁹. Telle est la raison pour laquelle, lors de sa cinquante-troisième session, la Commission a jugé utile de consulter les États membres de la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur la question de savoir si le depositaire peut ou doit «refuser de communiquer aux États et organisations internationales intéressés une réserve manifestement illicite, notamment lorsqu'elle est interdite par une disposition du traité»⁹⁰⁰.

3) Les réponses, nuancées, données à cette question par les délégations des États à la Sixième Commission ont inspiré la rédaction du projet de directive 2.1.8. Dans l'ensemble, les États ont manifesté leur attachement au strict alignement du Guide de la pratique sur les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 relatives au rôle du depositaire, en particulier l'article 77. Certaines des délégations qui se sont exprimées ont insisté sur l'impartialité et la neutralité dont doit faire preuve le depositaire dans l'exercice de ses fonctions et estimé qu'il devait, en conséquence, se borner à transmettre aux parties les réserves formulées. Toutefois, nombre de représentants à la Sixième Commission ont été d'avis que, lorsqu'une réserve n'est manifestement pas valide, il incombe au depositaire de refuser de la transmettre ou, au moins, de ne le faire, en attirant l'attention des autres parties sur le problème, qu'après avoir fait part de sa position à l'auteur de la réserve et si celui-ci maintient sa réserve.

⁸⁹⁹ Voir le commentaire du projet de directive 2.1.7, par. 9 et 10.

⁹⁰⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 27 et 28, par. 25.

4) C'est à cette solution intermédiaire que la majorité des membres de la Commission se sont ralliés. Il leur est en effet apparu que l'on ne pouvait admettre une quelconque censure de la part du dépositaire mais qu'il serait inapproprié de l'obliger à communiquer aux États et organisations internationales contractants ou signataires le texte d'une réserve manifestement non valide sans avoir auparavant attiré l'attention de l'État ou de l'organisation internationale réservataire sur les vices dont celle-ci est, selon lui, affectée. Il doit néanmoins être entendu que si l'auteur de la réserve maintient celle-ci, la procédure normale doit reprendre son cours et que la réserve doit être transmise avec l'indication de la nature des problèmes juridiques en cause. Cette précision revient en fait à aligner la procédure à suivre en cas de réserve qui n'est manifestement pas valide quant au fond sur celle concernant les réserves posant des problèmes de forme: selon le projet de directive 2.1.7, en cas de divergence de vues à leur sujet, le dépositaire «doit porter la question à l'attention: a) des États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes; b) le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause».

5) Selon certains membres de la Commission, une telle procédure ne devrait être suivie que si la non-validité invoquée par le dépositaire est fondée sur les alinéas *a* et *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 (réserve interdite par le traité ou non prévue par un traité qui n'autorise que certaines réserves déterminées). Pour d'autres au contraire, le seul véritable problème est celui de la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité (al. *c* de l'article 19). La majorité des membres a considéré que cette procédure s'appliquait à tous les alinéas et la Commission a donc estimé qu'il n'était pas justifié d'opérer une distinction entre les différents chefs de non-validité énumérés par l'article 19.

6) De même, malgré l'avis contraire de certains de ses membres, la Commission n'a pas jugé utile d'enfermer dans des délais stricts l'échange de vues entre l'auteur de la réserve et le dépositaire qu'implique le projet de directive 2.1.7. Ce projet ne déroge pas au projet de directive 2.1.6 ii) aux termes duquel le dépositaire doit agir «dans les meilleurs délais». Et, en tout état de cause, c'est à l'État ou à l'organisation internationale réservataire de faire savoir s'il entend se prêter ou non à un dialogue avec le dépositaire. Si tel n'est pas le cas, la procédure doit suivre son cours et la réserve doit être communiquée aux autres contractants ou signataires.

7) Bien que la Commission eût, dans un premier temps, employé le mot «illicite» pour caractériser des réserves tombant sous le coup des dispositions de l'article 19 des Conventions de Vienne⁹⁰¹, certains membres ont fait valoir que le terme n'était pas approprié dans cette hypothèse: en droit international, un fait internationalement illicite entraîne la responsabilité de son auteur⁹⁰², ce qui n'est manifestement pas le cas de la formulation de réserves contraires aux dispositions du traité sur lequel elles portent ou incompatibles avec son objet ou son but ou qui ne respectent pas les conditions de forme ou de délais imposées par les Conventions de Vienne. En conséquence, lors de sa cinquante-huitième session, la Commission a décidé de remplacer les mots «licite», «illicite», «licéité» et «illicéité» par «valide», «non valide», «validité» et «non-validité» et de modifier le présent commentaire en conséquence⁹⁰³.

⁹⁰¹ Pour la version initiale du projet de directive 2.1.8 et de son commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 123 à 126.

⁹⁰² Cf. l'article premier du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001.

⁹⁰³ Le texte et le commentaire du projet de directive 1.6 [1.4] ont également été modifiés dans le même sens.

CHAPITRE IX

ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS

A. Introduction

160. Dans son rapport sur les travaux de sa quarante-huitième session (1996), la Commission du droit international a proposé à l'Assemblée générale d'inscrire le droit des actes unilatéraux des États au nombre des sujets se prêtant à la codification et au développement progressif du droit international⁹⁰⁴.

161. Au paragraphe 13 de sa résolution 51/160, l'Assemblée générale a, notamment, invité la Commission du droit international à examiner plus avant le sujet «Actes unilatéraux des États» et à en indiquer la portée et le contenu.

162. À sa quarante-neuvième session (1997), la Commission a créé un groupe de travail à composition non limitée sur le sujet, qui a fait rapport à la Commission sur l'opportunité et la faisabilité de son étude, la portée et le contenu possibles du sujet et le schéma de l'étude. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail⁹⁰⁵.

163. Toujours à sa quarante-neuvième session, la Commission a nommé M. Victor Rodríguez-Cedeño Rapporteur spécial pour le sujet⁹⁰⁶.

164. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

165. De sa cinquantième session (1998) à sa cinquante-septième session (2005), la Commission a reçu et examiné huit rapports du Rapporteur spécial⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, par. 249 et p. 365 et 366.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 194 et 196 à 210.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, par. 212 et 234.

⁹⁰⁷ *Annuaire ... 1998*, vol. II (deuxième partie), document A/CN.4/486 (premier rapport); *ibid.*, 1999, vol. II (deuxième partie), document A/CN.4/500 et Add.1 (deuxième rapport); *ibid.*, 2000, vol. II (deuxième partie), document A/CN.4/505 (troisième rapport); A/CN.4/519 (quatrième rapport); A/CN.4/525 et Add.1 et Corr.1 et Corr.1 et Add.2 (cinquième rapport); A/CN.4/534 (sixième rapport); A/CN.4/542 et Corr.1 (français seulement) et Corr.2 et Corr.3 (septième rapport) et A/CN.4/557 (huitième rapport).

166. La Commission a aussi reconstitué le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États de sa cinquantième (1998) à sa cinquante-troisième session (2001) et de sa cinquante-cinquième (2003) à sa cinquante-septième session (2005). Dans son rapport à la cinquante-sixième session (2004), le Groupe de travail a établi une grille permettant d'utiliser un ensemble uniforme d'outils analytiques⁹⁰⁸. Des membres du Groupe de travail ont entrepris un certain nombre d'études, qui ont été effectuées conformément à la grille établie. Ces études ont été transmises au Rapporteur spécial pour l'élaboration de son huitième rapport. La Commission a prié le Groupe de travail, à sa cinquante-septième session (2005), d'examiner les points sur lesquels il y avait accord général et qui étaient susceptibles de servir de base à des conclusions ou propositions préliminaires sur le sujet.

B. Examen du sujet à la présente session

167. À la présente session, la Commission était saisie du neuvième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/569 et Add.1), qu'il a examiné à ses 2886^e, 2887^e et 2888^e séances, les 3, 4 et 5 juillet 2006.

⁹⁰⁸ La grille contient les éléments suivants: a) Date; b) Auteur/organe; c) Compétence de l'auteur/organe; d) Forme; e) Contenu; f) Contexte et circonstances; g) Objectifs poursuivis; h) Destinataires; i) Réaction des destinataires; j) Réaction de tiers; k) Fondements; l) Mise en œuvre; m) Modification; n) Terminaison/révocation; o) Portée juridique; p) Décision d'un juge ou d'un arbitre; q) Remarques; r) Bibliographie.

168. Le neuvième rapport du Rapporteur spécial se divisait en deux parties. La première portait sur les causes de nullité⁹⁰⁹ et d'extinction⁹¹⁰ des actes unilatéraux. La seconde traitait

⁹⁰⁹ **Principe 5**

Nullité de l'acte accompli par une personne non habilitée à ce faire

Un acte unilatéral accompli par une personne non autorisée ou non habilitée à ce faire peut être déclaré nul, sous réserve que l'État qui en est l'auteur ait la possibilité de le confirmer conformément au principe directeur 4.

Principe 6

Nullité d'un acte unilatéral contraire à une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État qui l'accomplit

L'État auteur d'un acte unilatéral ne peut pas invoquer comme cause de nullité le fait que l'acte en question est contraire à une norme de son droit interne à moins qu'il s'agisse d'une norme d'importance fondamentale de son droit interne et que cette contradiction soit manifeste.

Principe 7

Nullité des actes unilatéraux

1. a) L'État auteur d'un acte unilatéral ne peut invoquer l'erreur comme motif de nullité de l'acte en question à moins que cet acte ait été accompli sur la base d'une erreur de fait ou d'une situation que cet État supposait exister au moment où l'acte a été accompli et qui constituait une base essentielle de son consentement à être lié par l'acte.
b) Cette condition ne s'applique que 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 telle erreur.
2. Le dol peut être invoqué comme motif de nullité d'un acte unilatéral si l'État auteur de cet acte a été amené à l'accomplir par la conduite frauduleuse d'un autre État.
3. La corruption du représentant d'un État peut être invoquée comme motif de nullité d'un acte unilatéral si l'accomplissement de cet acte a été obtenu par suite de la corruption de la personne l'accomplissant.
4. La contrainte exercée sur la personne qui accomplit l'acte peut être invoquée comme motif de nullité si l'accomplissement de cet acte a été obtenu au moyen d'actes ou de menaces dirigés contre cette personne.
5. Est nul tout acte dont l'accomplissement a été obtenu par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international consacrés dans la Charte des Nations Unies.
6. Est nul tout acte qui, au moment de son accomplissement, est en conflit (ou en contradiction) avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

⁹¹⁰ **Principe 8**

Extinction des actes unilatéraux

Un acte unilatéral peut être considéré comme ayant pris fin ou être révoqué par l'État qui l'a accompli:

- a) Si, lors de son accomplissement, il a été prévu qu'il prendrait fin à un moment précis (ou s'il était implicite qu'il prendrait fin suite à l'exécution d'un ou de plusieurs autres actes);
- b) Si l'acte en question a été subordonné à une condition extinctive lors de son accomplissement;
- c) Si l'acte unilatéral n'a plus d'objet;

de la définition⁹¹¹, la capacité des États d'accomplir des actes unilatéraux⁹¹², la compétence pour accomplir des actes unilatéraux au nom de l'État⁹¹³, la confirmation ultérieure d'un acte

d) Si survient un changement fondamental des circonstances ayant motivé l'acte (*rebus sic stantibus*) qui rend impossible son accomplissement;

e) Si survient une nouvelle norme impérative du droit international général qui est contraire à l'acte en question.

⁹¹¹ Principe 1

Définition de l'acte unilatéral

On entend par acte unilatéral de l'État une déclaration unilatérale formulée par un État dans l'intention de produire des effets juridiques précis en vertu du droit international.

Destinataires des actes unilatéraux des États

Variante A

Le destinataire d'un acte unilatéral peut être un ou plusieurs États, la communauté internationale dans son ensemble, une ou plusieurs organisations internationales ou toute autre entité soumise au droit international.

Variante B

Un acte unilatéral accompli en conformité avec le droit international produit des effets juridiques quels qu'en soient les destinataires.

⁹¹² Principe 2

Capacité des États d'accomplir des actes unilatéraux

Tout État a la capacité d'accomplir des actes unilatéraux conformément au droit international.

⁹¹³ Principe 3

Compétence pour accomplir des actes unilatéraux au nom de l'État

1. En vertu de leurs fonctions, le chef de l'État, le chef du gouvernement et le Ministre des affaires étrangères sont considérés comme représentant l'État et étant habilités à accomplir en son nom des actes unilatéraux.

2. Outre les personnes mentionnées au précédent paragraphe, d'autres personnes peuvent être considérées comme compétentes pour accomplir des actes unilatéraux au nom d'un État, s'il ressort de la pratique suivie par l'État auteur de l'acte ou des circonstances dans lesquelles cet acte est accompli que telle est son intention.

accompli par une personne non autorisée⁹¹⁴, le fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux⁹¹⁵ et l'interprétation des actes unilatéraux⁹¹⁶.

169. Le 5 juillet 2006, la Commission a décidé de reconstituer le Groupe de travail à composition non limitée sous la présidence de M. Alain Pellet. Elle a prié le Groupe de travail de rédiger les conclusions de la Commission sur le sujet intitulé «Actes unilatéraux des États» en tenant compte des diverses vues exprimées, des projets de principes directeurs du Rapporteur spécial et de ses travaux antérieurs sur le sujet.

170. La Commission, à sa 2906^e séance, le 4 août 2006, a examiné le rapport du Groupe de travail. Après l'avoir examiné, elle a adopté un ensemble de 10 «Principes directeurs» applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques (sect. D ci-après)⁹¹⁷ et recommandé les «Principes directeurs» à l'attention de l'Assemblée générale.

C. Hommage au Rapporteur spécial

171. À sa 2913^e séance, le 11 août 2006, la Commission, après l'adoption du texte des «Principes directeurs», a adopté la résolution ci-après par acclamation:

«La Commission du droit international,

⁹¹⁴ **Principe 4**

Confirmation ultérieure d'un acte accompli par une personne non autorisée (ou non habilitée à ce faire)

Un acte unilatéral accompli par une personne non autorisée (ou habilitée) pour agir au nom de l'État, conformément aux dispositions des principes directeurs énoncés ci-dessus, peut être confirmé ultérieurement par l'État soit expressément soit par des actes concluants dont se déduit aisément une telle confirmation.

⁹¹⁵ **Principe 10**

Fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux

Le caractère obligatoire des actes unilatéraux des États se fonde sur le principe de la bonne foi et sur l'intention de s'engager de la part de l'État qui accomplit l'acte en question.

⁹¹⁶ **Principe 11**

Interprétation des actes unilatéraux

Il est tenu compte en priorité du contexte dans lequel un acte unilatéral a été accompli par un État ainsi que de la clarté et la précision de sa formulation aux fins de son interprétation.

⁹¹⁷ *Essais nucléaires*, Arrêt du 20 décembre 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, par. 43, p. 267, et par. 46, p. 472.

Ayant adopté les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, ainsi que les commentaires y relatifs,

Exprime au Rapporteur spécial, M. Victor Rodríguez-Cedeño, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée à l'élaboration des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques par son dévouement et ses efforts inlassables, et pour les résultats qu'il a obtenus dans l'élaboration des Principes.»

172. La Commission a également exprimé sa profonde gratitude au Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États, présidé par M. Alain Pellet, pour ses efforts inlassables et sa contribution aux travaux sur le sujet.

**D. Texte des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales
des États susceptibles de créer des obligations juridiques
adoptés par la Commission**

Introduction

173. Après avoir examiné les neuf rapports que celui-ci lui a soumis et à la suite de longs débats, la Commission estime qu'il est nécessaire de faire le point sur un sujet dont elle a pu mesurer tant la difficulté que l'utilité. Il lui est en effet apparu qu'il est important pour les États d'être en mesure d'apprécier avec une certitude raisonnable si et dans quelle mesure les comportements qu'ils adoptent unilatéralement les engagent juridiquement au plan international.

174. La Commission observe cependant que le concept d'acte unilatéral des États n'est pas univoque. D'une part, certains actes unilatéraux sont adoptés dans le cadre et sur le fondement d'une habilitation expresse du droit international⁹¹⁸, alors que d'autres le sont dans l'exercice de la liberté des États d'agir au plan international; conformément aux décisions antérieures de la Commission, seuls ces derniers ont fait l'objet d'un examen par la Commission et son Rapporteur spécial⁹¹⁹. D'autre part, dans cette seconde hypothèse, il existe une gamme très diverse de comportements pouvant répondre à l'appellation d'actes unilatéraux et les différences de culture juridique expliquent en partie les malentendus que ce sujet a suscités puisque, pour

⁹¹⁸ Cf. les lois fixant la largeur de la mer territoriale ou les réserves aux traités, qui sont des actes unilatéraux, étroitement encadrés par des règles particulières du droit international.

⁹¹⁹ Voir *Annuaire*.... 1997, vol. II, deuxième partie, p. 65 et 66, par. 198 à 208.

certain, le concept d'actes juridiques implique nécessairement une manifestation expresse de la volonté de s'engager de la part de l'État qui en est l'auteur alors que, selon un autre point de vue, tout comportement unilatéral d'un État produisant des effets juridiques sur le plan international peut être qualifié d'acte unilatéral.

175. Comme elle l'avait décidé lors de sa cinquante-sixième session (2004)⁹²⁰, la Commission et son Rapporteur spécial ont privilégié l'étude des actes unilatéraux dans la première de ces acceptations tout en étant consciente qu'un État peut être engagé par des comportements autres que des déclarations formelles.

1. Texte des principes directeurs

176. Le texte des principes directeurs adoptés par la Commission est reproduit ci-après.

Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques

La Commission du droit international,

Relevant que les États peuvent se trouver engagés par les comportements unilatéraux qu'ils adoptent au plan international,

Relevant que les comportements susceptibles d'engager juridiquement les États peuvent consister en des déclarations formelles ou se traduire par une simple conduite informelle, y compris le silence qu'ils peuvent garder dans certaines situations, sur lesquelles les autres États peuvent raisonnablement tabler,

Relevant également que la question de savoir si un comportement unilatéral de l'État lie celui-ci dans une situation donnée dépend des circonstances de l'espèce,

Relevant aussi qu'en pratique, il est souvent difficile d'établir si les effets juridiques découlant du comportement unilatéral d'un État sont la conséquence de l'intention qu'il a exprimée ou dépendent des attentes que sa conduite a fait naître chez d'autres sujets du droit international,

⁹²⁰ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), par. 245 à 247. Voir également *ibid.*, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), par. 293.

Adopte les principes directeurs suivants qui ne portent que sur les actes unilatéraux *stricto sensu*, revêtant la forme de déclarations formelles formulées par un État dans l'intention de produire des obligations en vertu du droit international,

1. Des déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Lorsque les conditions pour qu'il en soit ainsi sont réunies, le caractère obligatoire de telles déclarations repose sur la bonne foi; les États intéressés peuvent donc en tenir compte et tabler sur elles; ils sont fondés à exiger que de telles obligations soient respectées;

2. Tout État a la capacité d'assumer des obligations juridiques par des déclarations unilatérales;

3. Pour déterminer les effets juridiques de telles déclarations, il convient de tenir compte de leur contenu, de toutes les circonstances de fait dans lesquelles elles sont intervenues et des réactions qu'elles ont suscitées;

4. Une déclaration unilatérale n'engage internationalement l'État que si elle émane d'une autorité ayant compétence à cette fin. En vertu de leurs fonctions, les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères sont habilités à formuler de telles déclarations. D'autres personnes représentant l'État dans des domaines déterminés peuvent être autorisées à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence;

5. Les déclarations unilatérales peuvent être formulées par écrit ou oralement;

6. Les déclarations unilatérales peuvent être adressées à la communauté internationale dans son ensemble, à un ou plusieurs États ou à d'autres entités;

7. Une déclaration unilatérale n'entraîne d'obligations pour l'État qui l'a formulée que si elle a un objet clair et précis. En cas de doute sur la portée des engagements résultant d'une telle déclaration, ceux-ci doivent être interprétés restrictivement. Pour interpréter le contenu des engagements en question, il est tenu compte en priorité du texte de la déclaration ainsi que du contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été formulée;

8. Une déclaration unilatérale en conflit avec une norme impérative du droit international général est nulle;

9. Aucune obligation ne peut résulter pour les autres États de la déclaration unilatérale d'un État. Cependant, le ou les autres États concernés peuvent se trouver engagés par une obligation relative à une telle déclaration unilatérale dans la mesure où ils ont clairement accepté une telle déclaration;

10. Une déclaration unilatérale qui a créé des obligations juridiques à la charge de l'État auteur ne saurait être arbitrairement rétractée. Pour apprécier si une rétractation serait arbitraire, il convient de prendre en considération:

- i) Les termes précis de la déclaration qui se rapporteraient à la rétractation;
- ii) La mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations;
- iii) La mesure dans laquelle il y a eu un changement fondamental des circonstances.

2. Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session

177. Le texte des principes directeurs et commentaires⁹²¹ y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session est reproduit ci-après.

Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques

La Commission du droit international,

Notant que les États peuvent se trouver engagés par les comportements unilatéraux qu'ils adoptent au plan international,

⁹²¹ Les commentaires constituent des notes explicatives exclusivement fondées sur la jurisprudence de la C.I.J. et les cas pratiques qui ont fait l'objet d'une analyse synthétique dans le huitième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/557).

Notant que les comportements susceptibles d'engager juridiquement les États peuvent consister en des déclarations formelles ou se traduire par une simple conduite informelle, y compris le silence qu'ils peuvent garder dans certaines situations, sur lesquelles les autres États peuvent raisonnablement tabler,

Notant également que la question de savoir si un comportement unilatéral de l'État lie celui-ci dans une situation donnée dépend des circonstances de l'espèce,

Notant aussi qu'en pratique, il est souvent difficile d'établir si les effets juridiques découlant du comportement unilatéral d'un État sont la conséquence de l'intention qu'il a exprimée ou dépendent des attentes que sa conduite a fait naître chez d'autres sujets du droit international,

Adopte les principes directeurs suivants qui ne portent que sur les actes unilatéraux *stricto sensu*, revêtant la forme de déclarations formelles formulées par un État dans l'intention de produire des obligations en vertu du droit international:

- 1. Des déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Lorsque les conditions pour qu'il en soit ainsi sont réunies, le caractère obligatoire de telles déclarations repose sur la bonne foi; les États intéressés peuvent donc en tenir compte et tabler sur elles; ils sont fondés à exiger que de telles obligations soient respectées.**

Commentaire

1) La rédaction du principe directeur 1, qui vise à la fois à définir les actes unilatéraux *stricto sensu* et à en indiquer le fondement, s'inspire très directement des *dicta* des arrêts de la Cour du 20 décembre 1974 dans les affaires des *Essais nucléaires*⁹²². Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, la Cour a rappelé avec force que «[t]out dépend donc de l'intention de l'État considéré»⁹²³.

⁹²² *Essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France)*, Arrêts du 20 décembre 1974, *C.I.J. Recueil* 1974, p. 267 et 268, par. 43 et 46, et p. 472 et 473, par. 46 et 49.

⁹²³ *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, Arrêt du 22 décembre 1986, *C.I.J. Recueil* 1986, p. 573, par. 39.

2) La plupart des cas étudiés illustrent ce principe. Outre les déclarations françaises de 1974 relatives à la cessation des essais nucléaires dans l'atmosphère, on peut considérer que le caractère public de la déclaration égyptienne du 24 avril 1957 relative au canal de Suez⁹²⁴ ou de la renonciation de la Jordanie au territoire de la Cisjordanie⁹²⁵ constitue un élément important manifestant la volonté de leurs auteurs de s'engager. Le cas de la Déclaration Ihlen, qui a été faite lors d'un entretien purement bilatéral entre le Ministre des affaires étrangères danois et l'ambassadeur de la Norvège à Copenhague⁹²⁶ ou celui de la note diplomatique colombienne adressée seulement aux autorités vénézuéliennes ne constituent pas des contre-exemples: elles ne concernaient que les relations bilatérales entre les deux États concernés⁹²⁷.

2. Tout État a la capacité d'assumer des obligations juridiques par des déclarations unilatérales.

Commentaire

1) De même que «[t]out État a la capacité de conclure des traités»⁹²⁸, tout État peut s'engager par des actes par lesquels il assume unilatéralement des obligations juridiques dans les conditions indiquées dans les présents principes directeurs. Cette capacité a été reconnue par la Cour mondiale⁹²⁹.

⁹²⁴ Document A/CN.4/557, par. 55 à 58; voir aussi par. 62 et 63.

⁹²⁵ Ibid., par. 44 et 45.

⁹²⁶ Ibid., par. 116 à 126; *Statut juridique du Groenland oriental*, Arrêt du 5 avril 1933, C.P.J.I. série A/B, n° 53, notamment p. 71. Il convient cependant de relever que la nature d'acte unilatéral de cette déclaration est contestée (voir A/CN.4/557, par. 122).

⁹²⁷ Voir principe directeur 6 ci-après.

⁹²⁸ Art. 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

⁹²⁹ Voir la jurisprudence citée à l'appui des principes directeurs 1 et 3.

3. Pour déterminer les effets juridiques de telles déclarations, il convient de tenir compte de leur contenu, de toutes les circonstances de fait dans lesquelles elles sont intervenues et des réactions qu'elles ont suscitées.

Commentaire

1) La rédaction du principe directeur 3 est, elle aussi, inspirée d'un passage des arrêts de la C.I.J. dans les affaires des *Essais nucléaires*⁹³⁰; cette jurisprudence a été rappelée dans les arrêts du 22 décembre 1986 sur le *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*⁹³¹ et du 3 février 2006 relatif aux *Activités armées sur le territoire du Congo*⁹³². Dans les affaires des *Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci* et du *Différend frontalier*, la Cour n'a rien pu trouver dans le contenu des déclarations invoquées ni dans les circonstances de leur formulation, «qui permette de conclure à l'intention de faire naître un engagement juridique»⁹³³.

2) D'une manière générale, les affaires étudiées par la Commission confirment la pertinence de ce principe. De l'avis de la Commission, la prise en compte du contexte et des circonstances dans lesquels la déclaration a été faite présente une importance toute particulière dans le cas des déclarations suisses relatives aux privilèges et immunités des personnels des Nations Unies⁹³⁴, de la déclaration égyptienne de 1957⁹³⁵ ou de la renonciation par la Jordanie au territoire de la Cisjordanie⁹³⁶.

⁹³⁰ *Essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 269 et 270, par. 51, et p. 474 et 475, par. 53.

⁹³¹ *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 573 et 574, par. 39 et 40.

⁹³² *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, par. 49.

⁹³³ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 132, par. 261 et *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 573, par. 39.

⁹³⁴ Document A/CN.4/557, par. 153.

⁹³⁵ Ibid., par. 58 à 60 ou 66. Voir aussi, par analogie, s'agissant de comportements autres qu'une déclaration unilatérale, les comportements adoptés par la Thaïlande et le Cambodge dans le cadre de l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* (ibid., par. 160 à 167 et, *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Arrêt du 15 juin 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 32 à 34).

⁹³⁶ Ibid., par. 47 et 48.

3) Plusieurs de ces exemples mettent en évidence l'importance des réactions des autres États intéressés pour l'appréciation de la portée juridique des actes unilatéraux en question, soit qu'ils prennent acte des engagements assumés⁹³⁷ (ou, dans certains cas, des droits revendiqués⁹³⁸), soit, au contraire qu'ils s'y opposent⁹³⁹ ou mettent en doute le caractère obligatoire des «engagements» en question⁹⁴⁰.

4. Une déclaration unilatérale n'engage internationalement l'État que si elle émane d'une autorité ayant compétence à cette fin. En vertu de leurs fonctions, les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères sont habilités à formuler de telles déclarations. D'autres personnes représentant l'État dans des domaines déterminés peuvent être autorisées à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence.

Commentaire

1) Le principe directeur 4 s'inspire également de la jurisprudence constante de la C.P.J.I et de la C.I.J. concernant les actes unilatéraux et la compétence des autorités étatiques pour représenter et engager l'État sur la scène internationale. Dans son récent arrêt sur la compétence et la recevabilité dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour mondiale a observé, en se référant à la règle coutumière analogue en matière du droit des traités⁹⁴¹, que, «conformément à une jurisprudence constante (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 269 et 270, par. 49 à 51; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions

⁹³⁷ Cf. les réactions de la communauté internationale à la déclaration égyptienne de 1957 sur le canal de Suez (ibid., par. 63 et 64); voir aussi les réactions à la déclaration jordanienne sur la Cisjordanie (ibid., par. 48, 50 et 51).

⁹³⁸ Cf. les réactions de certains États à la Proclamation Truman (ibid., par. 132 à 134); voir aussi la note du Gouvernement vénézuélien du 22 novembre 1952 au sujet de l'archipel de Los Monjes (ibid., par. 17 – toutefois, comme la Déclaration Ilhen (voir *supra*, note 926) cette note s'inscrit clairement dans le cadre de négociations bilatérales avec la Colombie).

⁹³⁹ Voir en particulier le refus par l'Uruguay d'un don de vaccins par Cuba (ibid., par. 38 et 39) ou la protestation russe contre la loi adoptée par le Turkménistan en 1993 au sujet de la délimitation de ses eaux intérieures et territoriales dans la mer Caspienne (ibid., par. 84 à 98).

⁹⁴⁰ Cf. les réactions des ENDAN aux déclarations d'avril 1995 des membres permanents du Conseil de sécurité à la Conférence du désarmement (ibid., par. 113 à 115); ce scepticisme est du reste confirmé par le contenu même des déclarations en question.

⁹⁴¹ Cf. l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 622, par. 44; Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 21 et 22, par. 53; voir aussi, Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège), arrêt, 1933, C.P.I.J. série A/B n° 53, p. 71), c'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le Ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'État du seul fait de l'exercice de leurs fonctions, y compris pour l'accomplissement au nom dudit État d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international»⁹⁴².

2) La pratique étatique montre d'ailleurs que bien souvent des déclarations unilatérales créant des obligations juridiques pour les États sont exprimées par les chefs d'État ou de gouvernement⁹⁴³ ou par les ministres des affaires étrangères⁹⁴⁴ sans que leur compétence à engager l'État ait été mise en doute. Dans les deux cas examinés des problèmes relatifs à l'étendue de la compétence de l'auteur de la déclaration se sont posés, ils concernaient le respect du droit interne de l'État concerné⁹⁴⁵. Dans le cas de la déclaration du Roi de Jordanie concernant la Cisjordanie, cette déclaration tenue par certains comme *ultra vires* par rapport à la Constitution du Royaume, a été confirmée par des actes internes ultérieurs⁹⁴⁶. Dans le cas de la déclaration du Ministre des affaires étrangères colombien concernant la souveraineté du Venezuela sur l'Archipel de Los Monjes, la note diplomatique elle-même a été annulée dans l'ordre juridique interne en raison de l'incompétence de son auteur de prendre des tels

⁹⁴² *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, Arrêt du 3 février 2006, *compétence et recevabilité*, par. 46.

⁹⁴³ Voir la déclaration portant renonciation de la Jordanie au territoire de la Cisjordanie du 31 juillet 1988 faite par le Roi de Jordanie (doc. A/CN.4/557, par. 44), la déclaration égyptienne du 24 avril 1957 concernant le canal de Suez faite par le Gouvernement égyptien (ibid., par. 55), les déclarations du Président de la République française du 8 juin et du 25 juillet 1974 ainsi que sa lettre du 1^{er} juillet 1974 (ibid., par. 71) ou la déclaration du Président américain Truman concernant le plateau continental du 28 septembre 1945 (ibid., par. 127).

⁹⁴⁴ Voir la note du 22 novembre 1952 du Ministre des affaires étrangères de la Colombie relative à la souveraineté du Venezuela sur l'Archipel de Los Monjes (ibid., par. 13), la déclaration sur la fourniture de vaccins à l'Uruguay émanant du Ministre des affaires étrangères cubain (ibid., par. 36), la déclaration du Ministre des affaires étrangères de la République française devant l'Assemblée générale du 25 septembre 1974 concernant la suspension des essais nucléaires dans l'atmosphère (ibid., par. 71), les déclarations formulées par le Ministre des relations extérieures de la Fédération de Russie et du Secrétaire d'État américain devant le Conseil de sécurité en tant qu'États dotés d'armes nucléaires (ibid., par. 106), ainsi que la déclaration de M. Ihlen, Ministre des affaires étrangères de la Norvège (ibid., par. 116).

⁹⁴⁵ Voir le cas de la déclaration du Ministre des affaires étrangères de la Colombie du 22 novembre 1952 (ibid., par. 24 à 35) et la déclaration du Roi de Jordanie concernant la Cisjordanie (ibid., par. 53 et 54).

⁹⁴⁶ Ibid., par. 54.

engagements, sans pour autant que la validité de l'engagement sur la scène internationale n'ait été mise en question par les autorités colombiennes⁹⁴⁷.

3) Dans son arrêt précité du 3 février 2006⁹⁴⁸, la Cour a cependant également reconnu «qu'il est de plus en plus fréquent, dans les relations internationales modernes, que d'autres personnes représentant un État dans des domaines déterminés soient autorisées par cet État à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence. Il peut en être ainsi, par exemple, des titulaires de portefeuilles ministériels techniques exerçant, dans les relations extérieures, des pouvoirs dans leur domaine de compétence, voire même de certains fonctionnaires»⁹⁴⁹.

5. Les déclarations unilatérales peuvent être formulées par écrit ou oralement.

Commentaire

1) Il est généralement admis que la forme d'une déclaration unilatérale n'est pas déterminante ni en ce qui concerne sa validité ni ses effets juridiques. L'importance limitée des considérations de forme⁹⁵⁰ a été rappelée par la C.I.J. dans son arrêt relatif à l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* en liaison avec des comportements unilatéraux⁹⁵¹. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la Cour a souligné que «[p]our ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine dans lequel le droit international impose des règles strictes ou spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels faits énoncés dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit

⁹⁴⁷ Ibid., par. 35.

⁹⁴⁸ *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, par. 46.

⁹⁴⁹ Ibid., par. 47.

⁹⁵⁰ *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Arrêt du 30 août 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34; C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Arrêt du 11 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, p. 612, par. 24 et p. 613, par. 26.

⁹⁵¹ *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, exceptions préliminaires, Arrêt du 26 mai 1961, C.I.J. Recueil 1961, p. 31.

international sans avoir nécessairement à être consignés par écrit. La forme n'est donc pas décisive»⁹⁵².

2) La pratique étatique montre d'ailleurs la diversité de formes que peuvent prendre des déclarations unilatérales des États. Ainsi, les différentes déclarations de la France à propos de la suspension des essais nucléaires atmosphériques ont pris la forme d'un communiqué de la présidence de la République, d'une note diplomatique, d'une lettre du Président de la République adressée directement aux destinataires de la déclaration, d'une déclaration faite au cours d'une conférence de presse et d'une intervention devant l'Assemblée générale⁹⁵³. D'autres exemples montrent également que bien que la forme écrite soit prédominante⁹⁵⁴, il n'est pas inhabituel que les États s'engagent par de simples déclarations orales⁹⁵⁵.

3) Les déclarations françaises concernant la suspension des essais nucléaires atmosphériques montrent d'ailleurs également que l'engagement unilatéral de l'État peut se matérialiser par un faisceau de déclarations allant dans le même sens – dont il n'est pas certain qu'elles eussent, isolément, engagé l'État. Dans ses arrêts de 1974 sur les *Essais nucléaires*, la C.I.J. n'a pas concentré son attention sur telle ou telle déclaration faite par les autorités françaises, mais les a considérées ensemble comme formant un tout: «Les déclarations [du Président de la République française] et celles des membres du Gouvernement français agissant sous son autorité, jusque et y compris la dernière déclaration du Ministre de la défense, en date du 11 octobre 1974, doivent être envisagées comme un tout. Ainsi, quelle qu'ait pu en être la forme, il convient de les

⁹⁵² *Essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 267 et 268, par. 45 et p. 473, par. 48.

⁹⁵³ Cf. huitième rapport, A/CN.4/557, par. 71 et 72.

⁹⁵⁴ Voir les exemples de la note du Ministre des affaires extérieures de la Colombie du 22 novembre 1952 (ibid., par. 13), la déclaration égyptienne du 24 avril 1957 (ibid., par. 55 et suiv.), les protestations de la Fédération de Russie contre le Turkménistan et l'Azerbaïdjan (ibid., par. 85 et 99), les déclarations formulées par les États dotés d'armes nucléaires (déclarations faites devant un organe international, ibid., par. 106 et 107), la proclamation Truman du 28 septembre 1945 (ibid., par. 127) et les déclarations suisses relatives aux Nations Unies et à leur personnel (exonération d'impôts et privilèges) (ibid., par. 140 à 142).

⁹⁵⁵ Voir par exemple la renonciation de la Jordanie au territoire de la Cisjordanie faite dans un discours public (ibid., par. 44) ou la déclaration Ihlen (ibid., par. 117 – voir *Statut juridique du Groenland oriental*, Arrêt du 5 avril 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53, notamment p. 71).

considérer comme constituant un engagement de l'État, étant donné leur intention et les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues»⁹⁵⁶.

6. Les déclarations unilatérales peuvent être adressées à la communauté internationale dans son ensemble, à un ou plusieurs États ou à d'autres entités.

Commentaire

1) Plusieurs des exemples étudiés restent dans le cadre des relations purement bilatérales entre deux États; ces déclarations unilatérales ont donc un autre État pour seul destinataire. Ceci est le cas de la note diplomatique colombienne adressée au Venezuela⁹⁵⁷, des déclarations cubaines concernant la fourniture de vaccins à l'Uruguay⁹⁵⁸, des protestations de la Fédération de Russie adressées au Turkménistan et à l'Azerbaïdjan⁹⁵⁹ et de la déclaration Ihlen⁹⁶⁰.

2) Bien qu'elles concernent d'abord un cercle restreint d'États, d'autres déclarations s'adressent à la communauté internationale dans son ensemble et comportent des engagements *erga omnes*. Ainsi, la déclaration de l'Égypte concernant le canal de Suez ne s'adresse pas simplement aux États parties à la Convention de Constantinople ou aux États membres de l'Association des usagers du canal de Suez, mais à l'ensemble de la communauté internationale⁹⁶¹. De la même manière, la proclamation Truman⁹⁶² ainsi que les déclarations françaises concernant la suspension des essais nucléaires dans l'atmosphère (bien que concernant plus directement l'Australie et la Nouvelle-Zélande ainsi que certains États limitrophes⁹⁶³) ont été faites *erga omnes* et ont donc pour destinataire la communauté internationale dans son

⁹⁵⁶ *Essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 269, par. 49 et p. 474, par. 51. Voir aussi les déclarations suisses relatives aux Nations Unies et à leur personnel (exonérations d'impôts et privilèges) (doc. A/CN.4/557, par. 138 à 156).

⁹⁵⁷ A/CN.4/557, par. 15 et 16.

⁹⁵⁸ Ibid., par. 36.

⁹⁵⁹ Ibid., par. 85 et 99.

⁹⁶⁰ Ibid., par. 117.

⁹⁶¹ Ibid., par. 62.

⁹⁶² Ibid., par. 127.

⁹⁶³ Fidji a déposé une requête à fin d'intervention en l'instance. Les Gouvernements argentin, fidjien et péruvien ont demandé à la Cour que les mémoires et documents annexes soient mis à leur disposition. Voir *Essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 6, par. 7 et 9.

ensemble⁹⁶⁴. Ceci peut également être constaté en ce qui concerne la déclaration du 31 juillet 1988 par laquelle le Roi de Jordanie a renoncé au territoire de Cisjordanie et qui s'adresse en même temps à la communauté internationale, à un autre État (Israël) et à l'Organisation de libération de la Palestine (OLP)⁹⁶⁵.

7. Une déclaration unilatérale n'entraîne d'obligations pour l'État qui l'a formulée que si elle a un objet clair et précis. En cas de doute sur la portée des engagements résultant d'une telle déclaration, ceux-ci doivent être interprétés restrictivement. Pour interpréter le contenu des engagements en question, il est tenu compte en priorité du texte de la déclaration ainsi que du contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été formulée.

Commentaire

1) Dans ses arrêts sur les *Essais nucléaires*, la C.I.J. a souligné qu'une déclaration unilatérale ne peut avoir pour effet de créer des obligations juridiques à l'égard de son État auteur que si elle a un objet clair et précis⁹⁶⁶. Cette formule a été reprise sans changement par la Cour dans l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo*⁹⁶⁷.

2) En cas de doute, afin de déterminer la portée juridique d'une déclaration unilatérale, il convient de l'interpréter d'une façon restrictive, ce qui a été affirmé par la Cour d'une façon particulièrement nette dans ses arrêts sur les *Essais nucléaires* lorsqu'elle considère que «lorsque des États font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose»⁹⁶⁸. L'interprète doit donc faire preuve de la plus grande prudence afin de

⁹⁶⁴ Ibid., p. 269, par. 50 et 51 et p. 474, par. 52 et 53.

⁹⁶⁵ A/CN.4/557, par. 45. D'autres déclarations unilatérales ont pour destinataire(s) une ou plusieurs organisations internationales, comme c'est le cas des déclarations suisses relatives aux Nations Unies et à leur personnel (exonération d'impôts et privilèges) (ibid., par. 138 et suiv.).

⁹⁶⁶ *Essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, par. 43, p. 269, par. 51 et p. 472, par. 46, p. 474, par. 53.

⁹⁶⁷ *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, par. 50 et 52.

⁹⁶⁸ *Essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, par. 44 et p. 472 et 473, par. 47.

déterminer la portée juridique de telles déclarations unilatérales, notamment quand la déclaration unilatérale n'a pas de destinataire précis⁹⁶⁹.

3) En ce qui concerne plus particulièrement les méthodes et les outils d'interprétation, il convient de remarquer avec la C.I.J. que «[l]e régime qui s'applique à l'interprétation des déclarations faites en vertu de l'article 36 du Statut de la Cour⁹⁷⁰ n'est pas identique à celui établi pour l'interprétation des traités par la Convention de Vienne sur le droit des traités (...). Dans ses exposés, l'Espagne a déclaré que “cela ne signifie pas que les règles juridiques et de l'art de l'interprétation des déclarations (et des réserves) ne coïncident pas avec celles qui régissent l'interprétation des traités”. La Cour relève que les dispositions de la Convention de Vienne peuvent s'appliquer seulement par analogie dans la mesure où elles sont compatibles avec le caractère *sui generis* de l'acceptation unilatérale de la juridiction de la Cour⁹⁷¹. En application du *dictum* de la Cour et en analogie avec l'article 31, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, il faut prendre en considération en priorité le texte de la déclaration unilatérale qui reflète le mieux les intentions de son auteur. De surcroît, comme la Cour l'a reconnu dans son arrêt sur le *Différend frontalier*, «[p]our apprécier les intentions de l'auteur d'un acte unilatéral, il faut tenir compte de toutes les circonstances de fait dans lesquelles cet acte est intervenu⁹⁷², ce qui constitue une application par analogie de l'article 31, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969.

⁹⁶⁹ *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 574, par. 39.

⁹⁷⁰ Les déclarations d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice faite en vertu de l'article 36 du Statut de la C.I.J. n'entrent certes pas dans le cadre de la présente étude (voir *supra*, note introductive). Néanmoins, le raisonnement de la Cour reste entièrement transposable aux actes et déclarations unilatéraux proprement dits.

⁹⁷¹ *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada) (Fond)* Arrêt du 4 décembre 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 453, par. 46. Voir aussi *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires*, Arrêt du 11 juin 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 293, par. 30.

⁹⁷² *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 574, par. 40; voir aussi *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité*, par. 53 et *Essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 269, par. 51 et p. 474, par. 53.

8. Une déclaration unilatérale en conflit avec une norme impérative du droit international général est nulle.

Commentaire

1) La nullité d'un acte unilatéral contraire à une norme impérative du droit international s'inspire de la règle analogue contenue dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. La majorité des membres de la Commission a considéré que rien ne s'oppose à la transposition de cette règle au cas des déclarations unilatérales⁹⁷³. Dans son arrêt sur les *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour n'a pas exclu qu'une déclaration unilatérale rwandaise⁹⁷⁴ pourrait être dépourvue de validité dans le cas où elle aurait contrevenu à une norme du *jus cogens*, ce qui n'était cependant pas le cas⁹⁷⁵.

9. Aucune obligation ne peut résulter pour les autres États de la déclaration unilatérale d'un État. Cependant, le ou les autres États concernés peuvent se trouver engagés par une obligation relative à une telle déclaration unilatérale dans la mesure où ils ont clairement accepté une telle déclaration.

Commentaire

1) Il est bien établi en droit international qu'un État ne peut pas se voir par un autre État imposer d'obligations sans son consentement. En ce qui concerne le droit des traités, ce principe a été codifié dans l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités⁹⁷⁶. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer ce principe aux déclarations unilatérales; il en résulte qu'un État ne peut imposer des obligations aux autres États destinataires d'un acte unilatéral sauf

⁹⁷³ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 270, par. 557; *ibid.*, cinquante-cinquième session, *Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 180, par. 597.

⁹⁷⁴ Il s'agissait dans ce cas d'une réserve, acte unilatéral qui n'entre pas dans le champ d'application des présents principes directeurs (voir le paragraphe 174, *supra*).

⁹⁷⁵ *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité*, par. 69.

⁹⁷⁶ Cet article dispose: «Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement». Voir également, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951*, p. 21.

si ces derniers acceptent d'une façon non équivoque des obligations⁹⁷⁷ résultant de cet acte. Dans une telle hypothèse, le ou les États destinataires sont, à vrai dire, engagés, par leur propre acceptation.

2) La proclamation Truman de 1945, par laquelle les États-Unis entendaient imposer des obligations aux autres États ou, du moins, limiter leurs droits sur le plateau continental américain, n'a pas été l'objet d'une acceptation de la part des autres États à proprement parler. Toutefois, comme la Cour l'a souligné, «le régime du plateau continental est l'exemple d'une théorie juridique née d'une solution particulière qui a fait école»⁹⁷⁸. En effet, les autres États ont répondu à la proclamation par des réclamations et des déclarations analogues⁹⁷⁹ et peu après le contenu de la proclamation a été repris par l'article 2 de la Convention de Genève sur le plateau continental de 1958. Elle a donc, en quelque sorte, été généralement acceptée et a constitué le point de départ d'un processus coutumier ayant abouti à une nouvelle norme du droit international dans un temps très restreint. La C.I.J. a remarqué à cet égard: «La proclamation Truman devait cependant être bientôt considérée comme le point de départ dans l'élaboration du droit positif en ce domaine et la doctrine principale qu'elle énonçait (...) l'a finalement emporté sur toutes les autres et trouve aujourd'hui son expression dans l'article 2 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental»⁹⁸⁰.

10. Une déclaration unilatérale qui a créé des obligations juridiques à la charge de l'État auteur ne saurait être arbitrairement rétractée. Pour apprécier si une rétractation serait arbitraire, il convient de prendre en considération:

- i) Les termes précis de la déclaration qui se rapporteraient à la rétractation;**
- ii) La mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations;**

⁹⁷⁷ Ou s'il existe une norme générale habilitant les États à agir en ce sens; mais les actes unilatéraux faits en vertu d'une telle norme sont exclus du champ des présents principes directeurs (voir le paragraphe 174 *supra*).

⁹⁷⁸ *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, C.I.J. Recueil 1969, p. 53, par. 100.

⁹⁷⁹ Voir le cas du Mexique, A/CN.4/557, par. 132.

⁹⁸⁰ *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, C.I.J. Recueil 1969, par. 47.

iii) La mesure dans laquelle il y a eu un changement fondamental des circonstances.

Commentaire

- 1) Dans ses arrêts de 1974 sur les *Essais nucléaires*, la C.I.J. a considéré que «l'engagement unilatéral résultant [des] déclarations [françaises] ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision»⁹⁸¹. Ceci n'exclut cependant pas tout pouvoir de mettre fin à un acte unilatéral, mais seulement son retrait (ou sa modification) arbitraire.
- 2) Il ne fait en effet aucun doute que les actes unilatéraux peuvent être révoqués ou modifiés dans certaines circonstances particulières. La Commission a dégagé, de manière non limitative, des critères à prendre en considération pour déterminer le caractère éventuellement arbitraire d'un retrait.
- 3) Il en va ainsi notamment dans les cas où la déclaration elle-même établit les circonstances dans lesquelles son auteur peut y mettre fin⁹⁸² ou lorsque les destinataires de la déclaration s'y sont référés de bonne foi et ont été amenés en conséquence «à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice»⁹⁸³. La révocation d'une déclaration unilatérale est également possible en cas de changement fondamental des circonstances dans le sens et dans les strictes limites de la règle coutumière consacrée à l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités⁹⁸⁴.

⁹⁸¹ *Essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 270, par. 51 et p. 475, par. 53.

⁹⁸² Lorsque ces circonstances ne sont pas avérées.

⁹⁸³ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, C.I.J. Recueil 1984, p. 415, par. 51.

⁹⁸⁴ *Compétence en matière de pêcheries (Allemagne c. Islande)*, compétence de la Cour, C.I.J. Recueil 1973, p. 63, par. 36, et *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 64, par. 104.

CHAPITRE X

EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS

A. Introduction

178. À sa cinquante-deuxième session (2000), la Commission a inscrit à son programme de travail à long terme le sujet «Effets des conflits armés sur les traités»⁹⁸⁵. Un bref plan d'étude décrivant quelles pourraient être la structure générale et l'approche du sujet était annexé au rapport de la Commission de 2000⁹⁸⁶. L'Assemblée générale a pris note de cette inscription au paragraphe 8 de sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000.

179. À sa cinquante-sixième session, la Commission a décidé, à sa 2830^e séance, le 6 août 2004, d'inscrire le sujet «Les effets des conflits armés sur les traités» à son programme de travail en cours et de nommer M. Ian Brownlie Rapporteur spécial pour le sujet⁹⁸⁷. Au paragraphe 5 de sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004, l'Assemblée générale a approuvé cette décision.

180. À sa cinquante-septième session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/552), ainsi que d'une étude du secrétariat intitulée «Effets des conflits armés sur les traités: examen de la doctrine et de la pratique» (A/CN.4/550 et Corr.1). À sa 2866^e séance, le 5 août 2005, la Commission a fait sienne la proposition du Rapporteur spécial de demander au secrétariat d'adresser aux gouvernements une note les priant de fournir des renseignements concernant leur pratique dans le domaine en question, en particulier la plus récente, ainsi que toute autre information pertinente⁹⁸⁸.

B. Examen du sujet à la présente session

181. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/570 et Corr.1). Elle a examiné le rapport du Rapporteur spécial de sa 2895^e séance à sa 2898^e séance, du 18 au 21 juillet 2006.

⁹⁸⁵ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, par. 729.

⁹⁸⁶ Ibid., annexe.

⁹⁸⁷ Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 364.

⁹⁸⁸ Ibid., *soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 112.

1. Observations générales sur le sujet

a) Présentation par le Rapporteur spécial

182. Le Rapporteur spécial a fait observer que son deuxième rapport, qu'il fallait lire en conjonction avec le premier (A/CN.4/552), était axé sur une double démarche: a) examiner les éléments spécifiques du débat au sein de la Commission et les questions de fond soulevées par différents gouvernements lors du débat à la Sixième Commission au cours de la soixantième session de l'Assemblée générale; et b) donner suite au premier rapport en demandant à la Commission d'examiner les sept premiers projets d'articles en vue de les renvoyer au Comité de rédaction ou à un groupe de travail.

183. Le Rapporteur spécial a constaté que son point de vue selon lequel, dans l'ensemble, le sujet relevait du droit des traités et non du droit relatif à l'emploi de la force, avait été généralement appuyé. Il a aussi rappelé qu'à la Sixième Commission il avait été dit que le sujet était étroitement lié à d'autres domaines du droit international, comme le droit international humanitaire, la légitime défense et la responsabilité de l'État.

b) Résumé du débat

184. Il a été redit qu'il était impossible d'établir une stricte séparation entre le droit des traités et d'autres branches du droit international comme les règles interdisant l'emploi ou la menace de l'emploi de la force dans les relations internationales, le droit international humanitaire et la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui intéressaient également le sujet.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

185. Le Rapporteur spécial a estimé, vu la nature du débat à la Commission et l'existence d'importantes divergences d'opinion sur des aspects importants du sujet, qu'il serait prématuré de renvoyer la question à un groupe de travail. De plus, un groupe de travail constitué la première année du nouveau quinquennat de la Commission en 2007 ne serait pas nécessairement au fait du débat sur le sujet durant le présent quinquennat. En conséquence, la meilleure solution serait que le Rapporteur spécial établisse un troisième rapport sur le sujet qui pourrait, avec les deux premiers, former la base de l'examen du sujet par un groupe de travail à l'avenir.

2. Article premier. Champ d'application⁹⁸⁹

a) Présentation par le Rapporteur spécial

186. Le Rapporteur spécial a signalé l'idée exprimée à la Sixième Commission selon laquelle, puisque l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁹⁹⁰ («Convention de Vienne de 1969») prévoyait la possibilité qu'un traité s'applique à titre provisoire, il était souhaitable que les projets d'articles visent les traités qui s'appliqueraient à titre provisoire. Il a aussi noté que certains membres de la Commission avaient proposé d'établir une distinction entre les États qui sont parties contractantes, au sens du paragraphe 1 f) de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969, et ceux qui ne le sont pas.

b) Résumé du débat

187. Il a été proposé que l'on envisage d'inclure dans le champ d'application du sujet l'effet d'un conflit armé sur les droits d'États tiers parties au traité considéré; la distinction entre les effets d'un conflit sur différentes dispositions du traité par opposition à la totalité de celui-ci, ainsi que celle entre les effets d'un conflit sur le traité lui-même et les effets sur les obligations en découlant; et la distinction entre la suspension et l'extinction du traité ou de ses dispositions.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

188. Le Rapporteur spécial a admis qu'il devrait approfondir davantage les questions relatives au champ d'application du sujet. Il a néanmoins mis en garde contre l'idée d'établir une distinction entre les effets d'un conflit armé sur le traité et les effets sur les obligations en découlant, ce qui pouvait déséquilibrer le sujet en conduisant à aborder des questions hors de son champ d'application traditionnel. Il ne souhaitait pas traiter de sujets comme la force majeure ou la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible, ce qui risquait de conduire à revenir sur des sujets déjà régis par la Convention de Vienne de 1969.

⁹⁸⁹ Le projet d'article premier est libellé comme suit:

Champ d'application

Les présents projets d'articles s'appliquent aux effets des conflits armés sur les traités entre États.

⁹⁹⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue à Vienne le 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

3. Article 2. Définitions⁹⁹¹

a) Présentation par le Rapporteur spécial

189. S'agissant de l'alinéa *a*, le Rapporteur spécial a fait observer que l'idée d'inclure les traités conclus par des organisations internationales avait reçu quelque soutien.

190. Il a noté que la question la plus problématique était la définition d'un conflit armé, à l'alinéa *b*, qui avait été examinée dans son premier rapport. Faisant observer que la distinction entre conflit armé international et non international était encore considérée comme fondamentale et notant que la question provoquait des divergences d'opinion marquées au sein de la Sixième Commission, il a demandé à la Commission de donner une indication générale quant à l'inclusion ou non des conflits armés non internationaux. En revanche, il ne fallait pas à son avis que la Commission tente de formuler une définition du «conflit armé» pour toutes les branches du droit international public.

b) Résumé du débat

191. S'agissant de l'alinéa *a*, la définition d'un «traité» a été de manière générale appuyée, mais il a été dit également qu'il serait préférable d'inclure les traités conclus par des organisations internationales. D'autres membres étaient d'avis qu'il valait mieux ne pas viser les organisations internationales compte tenu de leur spécificité. Il a été proposé d'envisager aussi les traités non encore entrés en vigueur ou non encore ratifiés par les parties au conflit armé. Selon une autre proposition, la définition pourrait être assouplie de manière à couvrir les accords conclus entre une puissance occupante et l'administration du territoire occupé, comme le régime fondé sur les

⁹⁹¹ Le projet d'article 2 est libellé comme suit:

Définitions

Aux fins des présents projets d'articles:

a) L'expression «traité» s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière;

b) L'expression «conflit armé» s'entend d'un état de guerre ou d'un conflit qui implique des opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter l'application des traités entre les États parties au conflit armé ou entre ces États et des États tiers, indépendamment de toute déclaration formelle de guerre ou de toute autre déclaration faite par l'une quelconque ou l'ensemble des parties au conflit armé.

Accords d'Oslo. D'autres membres préféraient que le sujet soit limité aux accords conclus dans le cadre du droit international.

192. La définition d'un «conflit armé» à l'alinéa *b* a suscité la critique: on a fait valoir qu'il était tautologique de définir le concept comme un «état de guerre ou ... un conflit qui implique des opérations armées». Il a été proposé d'inclure expressément dans la définition les conflits armés internes qui étaient plus courants dans le monde contemporain, et une préférence s'est exprimée pour retenir la définition employée dans l'affaire *Tadić*⁹⁹², parce qu'elle incluait des conflits internes dans lesquels les forces armées officielles n'étaient pas impliquées.

193. Selon un autre point de vue, les conflits internes n'affectent pas directement les relations entre les États parties, mais peuvent entraîner des conséquences qui affectent indirectement l'application du traité. Il peut s'agir notamment d'une impossibilité d'exécution ou d'un changement de circonstances, entraînant la suspension ou l'extinction d'un traité entre l'État impliqué dans le conflit interne qui y est partie et les autres États parties au traité qui ne sont pas impliqués dans le conflit, situation qu'il était préférable d'analyser en tant que telle dans le cadre de la Convention de Vienne de 1969.

194. Le point de vue des Pays-Bas selon lequel il convenait d'inclure également les occupations militaires, comme cela est prévu à l'article 18 de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé⁹⁹³, a été appuyé et il a été aussi fait référence à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mur*⁹⁹⁴. D'autres membres se sont opposés à cette proposition, faisant observer que les occupations militaires constituaient plus exactement une conséquence d'un conflit armé et ne relevaient pas de la définition du conflit armé lui-même. Selon une autre proposition, il fallait aussi envisager les territoires sous administration internationale. D'autres membres étaient d'avis qu'il ne fallait pas examiner de telles situations qui ne constituaient pas un «conflit armé». Par ailleurs, il a été dit qu'il fallait examiner si les conflits du «troisième type», comme la «guerre contre le terrorisme»,

⁹⁹² *Le Procureur c. Duško Tadić alias «DULE»*, décision, affaire n° IT-94-1, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, par. 70.

⁹⁹³ Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, conclue à La Haye le 14 mai 1954, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 249, p. 241.

⁹⁹⁴ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. *Recueil* 2004, p. 3.

devaient être envisagés – ne serait-ce que pour les exclure du champ d'application du sujet. D'autres membres ont recommandé de ne pas inclure les activités d'acteurs non étatiques car une telle approche risquait de menacer la stabilité du régime conventionnel.

195. Il a été redit qu'un État agresseur ne pouvait être mis sur le même plan que l'État exerçant son droit de légitime défense, individuelle ou collective, conformément à la Charte des Nations Unies. Il a été fait référence à la résolution de 1985 de l'Institut de droit international qui avait établi une telle distinction. Cette opinion était partagée par la majorité des membres de la Commission.

196. Il a été proposé d'inclure un troisième alinéa pour définir le terme «effets».

c) Conclusions du Rapporteur spécial

197. S'agissant de l'inclusion des organisations internationales, le Rapporteur spécial, bien que peu enclin à reprendre des éléments d'autres projets par voie d'analogie, a reconnu que d'un point de vue pratique il n'était pas possible d'étudier, en tant que sujet distinct, les effets des conflits armés sur les traités d'organisations internationales, ce qui justifiait l'examen de tels traités dans le cadre des présents projets d'articles.

198. En réponse à des observations portant sur la définition d'un «conflit armé», le Rapporteur spécial a confirmé sa volonté de viser les conflits armés internes. Ses craintes venaient de ce qu'impliquaient certains des commentaires exprimés selon lesquels il fallait une définition exhaustive du conflit armé, alors que l'objectif de l'alinéa *a* était de donner une définition uniquement aux fins des projets d'articles. À son avis, l'inclusion des conflits armés internes dépendait de l'intention des parties visée au projet d'article 4. L'un des critères permettant de discerner l'intention des parties était la nature et l'ampleur du conflit en question. À propos de l'emploi illicite de la force, il a répété ce qu'il avait dit l'année précédente, à savoir que le projet d'article 10 serait soigneusement reformulé.

4. Article 3. Extension ou suspension de l'application *ipso facto*⁹⁹⁵

a) Présentation par le Rapporteur spécial

199. Le Rapporteur spécial a fait observer que le projet d'article 3 énonçait la proposition essentielle selon laquelle le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application. À son avis, il n'était pas strictement nécessaire dans la mesure où le projet d'article 4 pouvait suffire, mais il était utile pour réfuter la conception classique selon laquelle un conflit armé, de fait, suspend l'application des traités. Il a rappelé que l'expression «*ipso facto*» serait remplacée par l'adverbe «nécessairement».

b) Résumé du débat

200. Il a été en général convenu qu'il fallait conserver le projet d'article 3, jugé essentiel pour les projets d'articles. On a aussi appuyé la proposition du Rapporteur spécial de remplacer «*ipso facto*» par «nécessairement», ce qui indiquerait que, dans certains cas, un conflit armé entraînait effectivement la suspension ou l'extinction de traités mais qu'il n'aurait pas cet effet dans d'autres cas, c'est-à-dire que les effets étaient différents selon les traités. D'autres membres se sont opposés au changement proposé, préférant «*ipso facto*» qui indiquait que le déclenchement d'un conflit armé n'avait pas automatiquement pour effet d'éteindre ou de suspendre un traité.

⁹⁹⁵ Le projet d'article 3 est libellé comme suit:

Extinction ou suspension de l'application *ipso facto*

Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application:

- a) Entre les parties au conflit armé;
- b) Entre une ou plusieurs parties au conflit armé et un État tiers.

5. Article 4. Les indices de prédisposition des traités à l'extinction ou à la suspension de leur application en cas de conflit armé⁹⁹⁶

a) Présentation par le Rapporteur spécial

201. Le Rapporteur spécial a souligné que ce projet d'article s'appuyait sur le concept de l'intention des parties, qui avait suscité un profond scepticisme. Tout en partageant ce sentiment, il était d'avis qu'il s'agissait là du seul concept praticable disponible. Il a fait observer qu'il n'était pas rare que des décideurs et des tribunaux aient eu à interpréter l'intention des parties. En revanche, il a reconnu la nécessité d'inclure d'autres facteurs, comme l'objet et le but du traité et les circonstances du conflit armé.

202. Restait la question de la relation entre les projets d'articles 4 et 7 dont les dispositions, selon l'intention du Rapporteur spécial, seraient applicables de manière coordonnée. En outre, le projet d'article 4 renvoyait aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, ce qui était nécessaire puisqu'il n'était pas question de concevoir des principes d'interprétation «sur mesure» applicables exclusivement dans le présent contexte.

b) Résumé du débat

203. Selon un avis, le critère de l'intention avait perdu son importance après la Seconde Guerre mondiale, hormis dans certains traités spécifiques par suite du renforcement du principe de l'interdiction de l'emploi de la force armée dans les relations internationales. De plus, il a été convenu qu'il n'était pas réaliste de penser que les parties envisageaient l'effet d'un conflit armé sur un traité au moment de sa conclusion. Il a été dit qu'il était préférable de s'intéresser aux possibilités de continuation du traité, ou de l'une de ses dispositions, dans le contexte de conflits

⁹⁹⁶ Le projet d'article 4 est libellé comme suit:

Les indices de prédisposition des traités à l'extinction ou à la suspension de leur application en cas de conflit armé

1. La prédisposition des traités à l'extinction ou à la suspension de leur application en cas de conflit armé est déterminée conformément à l'intention des parties au moment où ils ont été conclus.
2. L'intention des parties à un traité en ce qui concerne la prédisposition de celui-ci à l'extinction ou à la suspension de son application est déterminée conformément:
 - a) Aux dispositions des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités; et
 - b) À la nature et l'ampleur du conflit armé en question.

armés, ainsi qu'à la licéité des actions de chacune des parties au conflit. Plusieurs membres ont aussi mentionné les critères de l'objet et du but du traité, de la nature du conflit ou de la situation qui en découle et de la nature de l'obligation conventionnelle elle-même. La nécessité de prendre en considération tout accord ou toute pratique ultérieure concernant l'application du traité, comme envisagé aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, a été également soulignée.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

204. Le Rapporteur spécial a confirmé qu'il entendait approfondir la question de l'intention. En revanche, il ne pouvait admettre l'idée que l'intention ne faisait plus partie du droit international. Les références à l'intention des parties ou du législateur étaient très courantes. D'ailleurs, la Commission elle-même employait ce concept dans le contexte du sujet des réserves aux traités. Le problème était plutôt d'établir la preuve de l'intention.

6. Article 5. Dispositions expresses sur l'application des traités⁹⁹⁷

a) Présentation par le Rapporteur spécial

205. Le Rapporteur spécial a fait observer que le projet d'articles était redondant d'un strict point de vue rédactionnel. Néanmoins, il jugeait utile, par souci de clarté, d'avoir une telle disposition, laquelle, a-t-il noté, avait recueilli l'adhésion générale de la Commission.

b) Résumé du débat

206. Il a été suggéré de faire des deux paragraphes deux projets d'articles distincts. Il a également été proposé que le paragraphe 1 soit remplacé par la version énoncée à l'article 35, paragraphe a), du projet de recherche d'Harvard⁹⁹⁸. Il a été fait référence à l'avis consultatif

⁹⁹⁷ Le projet d'article 5 est libellé comme suit:

Dispositions expresses sur l'application des traités

1. Les traités applicables à des situations de conflit armé par l'effet de leurs dispositions expresses s'appliquent en cas de conflit armé, sans préjudice de la conclusion entre les parties au conflit armé d'accords licites impliquant la suspension de l'application des traités en cause ou la renonciation à cette application.
2. Le déclenchement d'un conflit armé n'affecte pas la compétence des parties au conflit armé pour conclure des traités conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁹⁹⁸ Reproduite dans le document A/CN.4/552, par. 55.

de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mur*, dans lequel la Cour a confirmé que les traités relatifs aux droits de l'homme n'étaient pas exclus par l'effet de la *lex specialis* applicable.

7. Article 6. Traités relatifs à la situation qui a occasionné le recours au conflit armé⁹⁹⁹

a) Présentation par le Rapporteur spécial

207. Le Rapporteur spécial a confirmé que, selon lui, le projet d'article 6 n'avait plus lieu d'être, n'étant pas strictement nécessaire compte tenu du projet d'article 3. Il s'agissait de viser la situation particulière où un accord fait l'objet d'un conflit, auquel cas il s'ensuivait une procédure de règlement pacifique.

b) Résumé du débat

208. La proposition du Rapporteur spécial de supprimer la disposition a recueilli l'assentiment général.

⁹⁹⁹ Le projet d'article 6 est libellé comme suit:

Traités relatifs à la situation qui a occasionné le recours au conflit armé

Un traité, dont le statut ou l'interprétation est l'objet du problème qui a occasionné le recours au conflit armé, est réputé ne pas être annulé de droit, mais cette présomption est inopérante si l'intention contraire des Parties contractantes est établie.

8. Article 7. Application des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils sont applicables¹⁰⁰⁰

a) Présentation par le Rapporteur spécial

209. Le Rapporteur spécial a fait observer que le projet d'article 7 était complémentaire du projet d'article 4. Il était aussi la principale source de débat et de commentaire des gouvernements. Il existait quelques arguments convaincants, comme ceux exprimés par les États-Unis d'Amérique, selon lesquels il était erroné de recourir à la catégorisation des traités. Il a noté quelques autres propositions visant à prendre en considération d'éventuels principes directeurs ou critères pratiques en vue de discerner l'élément d'intention. Il fallait néanmoins reconnaître que le droit coutumier, ou un droit coutumier naissant, étayait certaines sinon la totalité des catégories, et qu'il fallait trouver un vecteur approprié pour refléter cette pratique. Une formule possible consisterait à joindre une annexe présentant une analyse de la pratique

¹⁰⁰⁰ Le projet d'article 7 est libellé comme suit:

Application des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils sont applicables

1. Dans le cas des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils continuent de s'appliquer durant un conflit armé, la survenance d'un conflit armé n'empêche pas en elle-même leur application.
2. Les traités de cette nature comprennent:
 - a) Les traités expressément applicables en cas de conflit armé;
 - b) Les traités déclarant, créant ou réglementant des droits permanents ou un régime ou un statut permanent;
 - c) Les traités d'amitié, de commerce et de navigation et les accords analogues concernant des droits privés;
 - d) Les traités pour la protection des droits de l'homme;
 - e) Les traités relatifs à la protection de l'environnement;
 - f) Les traités relatifs aux cours d'eau internationaux et installations et ouvrages connexes;
 - g) Les traités multilatéraux normatifs;
 - h) Les traités relatifs au règlement des différends entre États par des moyens pacifiques, notamment la conciliation, la médiation, l'arbitrage ou la saisine de la Cour internationale de Justice;
 - i) Les obligations découlant de conventions multilatérales relatives à l'arbitrage commercial et à l'exécution des sentences arbitrales;
 - j) Les traités relatifs aux relations diplomatiques;
 - k) Les traités relatifs aux relations consulaires.

des États et de la jurisprudence, laquelle pourrait être élaborée par le secrétariat avec l'aide du Rapporteur spécial.

b) Résumé du débat

210. Différents points de vue ont été exprimés sur le projet d'article 7. Selon certains, la disposition était utile mais devait être clarifiée. Il a été fait référence à l'étude du secrétariat (A/CN.4/550) pour suggérer une extension de la liste. Il a été dit en outre qu'il fallait préciser certaines catégories de traités, par exemple, les traités multilatéraux normatifs. On a approuvé l'inclusion des traités pour la protection des droits de l'homme (par. 2 d)) dans la liste. D'autres membres ont appuyé la proposition visant à supprimer cette disposition. Il a été souligné que toute liste d'exemples de catégories de traités créait une présomption *a contrario* que des traités ne relevant pas de ces catégories seraient automatiquement caducs, ce qui pouvait constituer une exception potentiellement importante, même si elle est involontaire, à la règle générale posée au projet d'article 3. La proposition du Rapporteur spécial de remplacer la liste par une annexe relatant la pratique des États et la jurisprudence a été appuyée. D'autres membres estimaient plus utile d'énumérer les facteurs permettant de conclure à la continuation, ou à la suspension ou l'extinction, d'un traité ou de certaines de ses dispositions en cas de conflit armé.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

211. Le Rapporteur spécial a rappelé que la liste des catégories figurant dans le projet d'article 7 était seulement censée donner des indications pour déterminer l'intention visée au projet d'article 4, et a répété qu'il était prêt à revoir cette disposition.

CHAPITRE XI

L'OBLIGATION D'EXTRADER OU DE POURSUIVRE (AUT DEDERE AUT JUDICARE)

A. Introduction

212. À sa cinquante-sixième session (2004), la Commission est convenue d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet intitulé «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)»¹⁰⁰¹. Un plan succinct exposant la structure et l'orientation générales qui pourraient être suivies pour l'étude du sujet était joint en annexe au rapport de la Commission sur les travaux de ladite session¹⁰⁰². Par sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004, l'Assemblée générale a pris note du rapport de la Commission concernant son programme de travail à long terme.

213. Lors de sa cinquante-septième session, la Commission a décidé, à sa 2865^e séance, tenue le 4 août 2005, d'inclure dans son programme de travail en cours le sujet intitulé «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)» et de nommer M. Zdzislaw Galicki Rapporteur spécial pour le sujet¹⁰⁰³. L'Assemblée générale, aux termes du paragraphe 5 de sa résolution 60/22 du 23 novembre 2005, a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

B. Examen du sujet à la présente session

214. À la présente session, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/571) et l'a examiné de sa 2899^e séance à sa 2903^e séance, du 25 juillet au 2 août 2006.

1. Présentation par le Rapporteur spécial

215. Le Rapporteur spécial a indiqué que son rapport renfermait quelques observations de fond préliminaires mettant en lumière les points les plus importants sur lesquels il faudrait revenir,

¹⁰⁰¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 362 et 363.

¹⁰⁰² *Ibid.*, annexe.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, *soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 500.

ainsi qu'un plan d'action préliminaire présentant les travaux à entreprendre en la matière.

Il serait bon d'autre part que la Commission donne quelques indications quant à la forme finale que les travaux sur le sujet pourraient revêtir, même s'il était prématuré de prendre à ce stade quelque décision que ce soit sur ce point.

216. Une des premières questions à examiner était celle de savoir si l'obligation en question découlait exclusivement des traités applicables ou si elle était aussi le reflet d'une obligation générale du droit international coutumier, en tout cas s'agissant d'infractions internationales expresses. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il n'y avait pas unanimité parmi les auteurs, encore que ceux-ci soient de plus en plus nombreux à se joindre au courant de pensée qui voyait dans l'obligation juridique internationale «*aut dedere aut judicare*» une obligation générale fondée non seulement sur les dispositions de tel ou tel traité international mais aussi sur les règles coutumières généralement contraignantes, du moins dans le cas de certaines catégories de crimes. En outre, il conviendrait d'analyser les liens entre le principe de compétence pénale universelle et le principe *aut dedere aut judicare*.

217. Quant à l'étendue de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, le Rapporteur spécial a indiqué que l'obligation était conçue comme une alternative offrant à un État le choix d'opter entre les deux partis possibles. En s'acquittant de sa part de l'obligation – *dedere* ou *judicare* –, l'État n'avait pas à s'acquitter de l'autre.

218. Le Rapporteur spécial a rappelé que l'obligation d'extrader ou de poursuivre était traditionnellement énoncée sous forme d'alternative comprenant deux termes, mais qu'elle pouvait en comprendre un troisième, faisant intervenir une compétence juridictionnelle qui serait exercée par une instance pénale internationale.

219. À propos de la méthode à suivre, le Rapporteur spécial a dit qu'il entendait proposer dans ses rapports à venir des projets de règle concernant le concept, la structure et l'application de l'obligation *aut dedere aut judicare*. Il était par ailleurs nécessaire de procéder à une analyse approfondie de la pratique des États en la matière et d'établir une liste exhaustive des dispositions conventionnelles reflétant cette obligation. Le Rapporteur spécial a proposé que la Commission adresse une demande écrite aux États membres pour qu'ils lui fournissent des informations sur la pratique qu'ils suivaient actuellement.

2. Résumé du débat

220. La Commission a accueilli avec satisfaction le rapport préliminaire, notamment le plan d'action préliminaire proposé par le Rapporteur spécial. L'idée a été émise qu'il conviendrait de limiter la portée de l'étude à l'objectif de l'obligation, à savoir réduire les cas d'impunité s'agissant des personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes internationaux en les privant de «sanctuaires». Il a été proposé de limiter en outre le sujet à des catégories bien précises de crimes, par exemple aux crimes qui étaient particulièrement graves et qui menaçaient l'ensemble de la communauté internationale. Il a été également suggéré d'établir une distinction entre les crimes de droit international (tels que définis dans les instruments conventionnels) et les crimes relevant du droit international coutumier, comme les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité. Il a été généralement admis que les crimes qui ne visaient que les législations nationales devraient être exclus du champ de l'étude.

221. Il a été fait en outre observer que l'obligation en question existait sous une forme plus limitée dans le cas de certains crimes visés dans des traités. Par exemple, on a noté que nombre de traités, notamment les conventions sectorielles sur la répression du terrorisme international, utilisaient des formules plus prudentes, prévoyant de soumettre l'affaire aux autorités compétentes «pour l'exercice de l'action pénale», par opposition à une obligation «de poursuivre». Il a été rappelé que, en règle générale, les gouvernements se refusaient à accepter une obligation «de poursuivre», car l'indépendance des poursuites était un principe cardinal de leurs procédures pénales nationales.

222. Il a été suggéré que la Commission porte son attention sur les lacunes dont pâtissaient certains traités en vigueur s'agissant par exemple de l'exécution des peines et de l'absence de système de contrôle du respect de l'obligation de poursuivre. À propos de la question de l'existence d'une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre, on a indiqué qu'une telle obligation devait se fonder sur un système à deux niveaux, comme celui envisagé dans les traités en vigueur, selon lequel certains États seraient dotés d'une compétence prioritaire tandis que les autres seraient tenus d'exercer leur compétence si l'auteur présumé de l'infraction n'était pas extradé vers un État doté de cette compétence prioritaire.

223. En ce qui concerne l'obligation d'extrader, il a été souligné que son existence dépendait des traités en vigueur entre les parties et des circonstances. De surcroît, dès lors que les

infractions étaient généralement définies en des termes très précis dans le droit interne, la question se posait de savoir s'il existait une obligation d'extrader ou de poursuivre dans le cas d'un crime défini avec précision et dans des circonstances définies avec précision. On a noté aussi que les problèmes complexes liés à l'extradition étaient pour la plupart résolus de façon pragmatique. Pour certains membres, l'obligation d'extrader ou de poursuivre avait acquis le statut coutumier, en tout cas en ce qui concernait les crimes de droit international. On a également émis l'avis que la procédure d'expulsion relevait du sujet.

224. Il a été proposé que la Commission se penche sur les difficultés d'ordre pratique qui jalonnaient le processus d'extradition, en particulier la qualité des preuves, l'existence de traités bilatéraux et multilatéraux et de lois nationales dépassés qui envisageaient de multiples motifs de refus d'extradition, les limitations imposées à l'extradition des ressortissants et la non-reconnaissance de garanties spécifiques protégeant les droits des personnes extradées, notamment lorsque celles-ci risquaient d'être soumises à des actes de torture, condamnées à la peine de mort, voire condamnées à une peine d'emprisonnement à perpétuité. On a rappelé d'autre part que, dans le cas des crimes internationaux, certaines des limitations auxquelles l'extradition était assujettie étaient inapplicables.

225. D'aucuns ont mis en garde contre la tentation d'aborder les aspects techniques de la législation sur l'extradition. Le sujet et le sens exact de la maxime latine «*aut dedere aut judicare*» avaient ceci de caractéristique que, à défaut d'extradition, une obligation de poursuivre naissait. Il fallait donc se focaliser sur les conditions propres à mettre en mouvement cette obligation. Il a également été proposé de limiter le travail à l'élaboration de règles secondaires. L'avis a été exprimé que la Commission ne devrait pas s'intéresser à toutes les normes collatérales régissant la question, avec laquelle elles avaient un lien mais dont elles ne faisaient pas forcément partie.

226. De l'avis général, il a été jugé bon d'établir une distinction claire entre la notion d'obligation d'extrader ou de poursuivre et la notion de compétence pénale universelle. Il a été rappelé que la Commission était convenue d'axer ses travaux sur la première, et non sur la seconde, même si, dans le cas de certains crimes, les deux coexistaient. On a souligné que le sujet n'appelait pas nécessairement une étude de la compétence pénale extraterritoriale. Il a été suggéré que, au cas où la Commission devrait se lancer dans l'étude de la notion de compétence universelle, les différents types de compétence universelle, en particulier qu'elle soit facultative

ou obligatoire, soient examinés. Il a été par ailleurs jugé utile de se pencher sur la question de savoir si la compétence universelle ne pourrait être exercée que dans les cas où la personne en question se trouvait dans un État donné, ou si n'importe quel État pourrait demander l'extradition d'une personne à partir d'un autre État en arguant de la compétence universelle.

227. On a de plus émis l'avis qu'il n'y avait pas lieu d'envisager d'ajouter un troisième terme à l'obligation alternative, à savoir la compétence concomitante d'une juridiction internationale, car les juridictions existantes avaient leur propre *lex specialis* régissant la «remise». Selon un autre avis, il faudrait dans toute la mesure possible privilégier ce troisième terme.

228. Il a été suggéré que le Rapporteur spécial entreprenne une étude systématique de la pratique des États, en s'attachant à la pratique actuelle, et notamment à la jurisprudence.

229. Quant à la question de la forme finale que les travaux pourraient revêtir, il a été reconnu qu'il était prématuré de l'examiner à ce stade, encore qu'une préférence se soit dégagée en faveur de la formulation d'un ensemble de projets d'articles; il a toutefois été noté que, si la Commission devait conclure que l'obligation n'existait qu'en vertu des traités internationaux, un projet à valeur de recommandation serait alors mieux indiqué.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

230. Le Rapporteur spécial a noté que le débat avait donné lieu à tout un éventail d'opinions. Il a relevé en particulier que la Commission était généralement convenue que le sujet devait être circonscrit dans la mesure du possible, de manière à porter sur les questions ayant un lien direct avec l'obligation d'extrader ou de poursuivre et sur une analyse des principaux éléments de l'obligation, à savoir «*dedere*» et «*judicare*». Il s'est déclaré favorable à cette orientation, s'agissant en particulier de la distinction à établir clairement entre d'une part l'obligation d'extrader ou de poursuivre et d'autre part le principe de compétence universelle, et de l'adoption d'une démarche prudente quant à la prise en considération dans l'alternative d'un troisième terme faisant intervenir la compétence parallèle de juridictions pénales internationales.

231. En ce qui concerne la question de la limitation de la source de l'obligation aux seuls traités ou de la prise en compte aussi des règles coutumières ou des principes généraux de droit, le Rapporteur spécial a noté que la Commission avait opté pour la prudence: reconnaître la base conventionnelle de l'obligation tout en exprimant certaines réserves quant à l'existence d'une

obligation coutumière générale d'extrader ou de poursuivre appliquée à toutes les infractions pénales. On a en revanche appuyé l'idée de reconnaître le fondement coutumier de l'obligation dans le cas de certaines catégories de crimes dans le cadre desquels les États avaient déjà reconnu en règle générale la notion de compétence universelle et le principe *aut dedere aut judicare*. Le Rapporteur spécial a souscrit à cette idée, sans toutefois exclure la possibilité de formuler des règles générales applicables à l'ensemble des crimes. Il a rappelé en outre qu'il avait été proposé qu'une attention particulière soit accordée à l'applicabilité du droit international relatif aux droits de l'homme. Il a souscrit à la proposition selon laquelle les travaux devaient avoir pour objet l'élaboration de règles secondaires. Le Rapporteur spécial a par ailleurs souscrit à la recommandation visant à analyser les décisions des institutions judiciaires internationales et nationales.

232. S'agissant de l'intitulé du sujet, le Rapporteur spécial a rappelé que mention avait été faite au cours du débat du «principe» *aut dedere aut judicare*, tout en exprimant sa préférence pour le maintien du mot «obligation». À propos de la forme finale des travaux de la Commission sur le sujet, le Rapporteur spécial a noté qu'il existait un appui préliminaire en faveur de la formulation de projets d'articles. En conséquence, il a annoncé son intention de proposer dans ses rapports à venir des projets d'articles sur le concept, la structure et l'application de l'obligation *aut dedere aut judicare*.

CHAPITRE XII

FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: DIFFICULTÉS DÉCOULANT DE LA DIVERSIFICATION ET DE L'EXPANSION DU DROIT INTERNATIONAL

A. Introduction

233. À sa cinquante-quatrième session (2002), la Commission a décidé d'inscrire le sujet des «Risques que pose la fragmentation du droit international» à son programme de travail¹⁰⁰⁴; elle a créé un groupe d'étude et a ensuite décidé de modifier le titre du sujet, qui est devenu: «La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international»¹⁰⁰⁵. La Commission a également formulé un certain nombre de recommandations, et a notamment préconisé que cinq études soient entreprises¹⁰⁰⁶, dont la première, confiée au Président du groupe d'étude, serait intitulée «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des “régimes autonomes”».

234. De la cinquante-cinquième (2003) à la cinquante-septième (2005) sessions de la Commission, le Groupe d'étude a été successivement reconstitué sous la présidence de M. Martti Koskenniemi et s'est acquitté de plusieurs tâches. En 2003, il a mis au point un calendrier provisoire des travaux à mener à bien d'ici la fin du quinquennat (2003-2006), a réparti entre ses membres les travaux sur les autres sujets arrêtés en 2002, et a déterminé la méthodologie à adopter pour ces travaux¹⁰⁰⁷. En 2004, le Groupe d'étude a procédé à un examen de l'étude établie par son Président sur «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et

¹⁰⁰⁴ La Commission a inscrit le sujet à son programme à long terme à sa cinquante-deuxième session (2000) après avoir examiné l'étude de faisabilité, G. Hafner, «Les risques que pose la fragmentation du droit international», *ibid.*, cinquantième-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10), annexe et par. 729.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10), par. 492 à 494.

¹⁰⁰⁶ a) «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des “régimes autonomes”»; b) l'interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31, par. 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale; c) l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités); d) la modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités); et e) la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit.

¹⁰⁰⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, par. 415 à 435.

la question des «régimes autonomes»», ainsi que des exposés portant sur les autres études¹⁰⁰⁸. En 2005, le Groupe d'étude a procédé à l'examen des documents suivants: a) mémorandum sur le régionalisme dans le contexte de l'étude intitulée «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des régimes autonomes»; b) étude relative à l'interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31, par. 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale; c) étude relative à l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités); d) étude relative à la modification de traités multilatéraux entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités); et e) étude relative à la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit. Le Groupe d'étude a également examiné un document informel sur la «Clause de déconnexion»¹⁰⁰⁹.

235. Le Groupe d'étude a décidé d'aborder les diverses études en se concentrant sur les questions de fond concernant la fragmentation à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en laissant de côté les aspects institutionnels. Son intention était d'aboutir à un résultat concret qui ait une utilité pratique, en particulier pour les experts juridiques des ministères des affaires étrangères et des organisations internationales. En conséquence, il a décidé d'établir, à l'issue de ses travaux sur le sujet, un document comprenant: a) une étude analytique relativement longue de la question de la fragmentation s'appuyant sur les exposés et études présentés par les membres du Groupe d'étude entre 2003 et 2005 et examinés au sein du groupe, et b) un document de synthèse collectif comprenant un ensemble de conclusions formulées à partir des études et des débats tenus au sein du groupe. Ce dernier document devait consister en une suite d'énoncés succincts, concrets et pragmatiques conçus, d'une part, comme le résumé et les conclusions des travaux du Groupe d'étude et, d'autre part, comme un jeu de

¹⁰⁰⁸ Ibid., cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), par. 303 à 358.

¹⁰⁰⁹ Ibid., soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), par. 449 à 493.

directives pratiques qui aideraient à examiner et à gérer la question de la fragmentation dans la pratique juridique¹⁰¹⁰.

236. À ses 2859^e, 2860^e et 2864^e séances, les 28 et 29 juillet et le 3 août 2005, la Commission a procédé à un échange de vues sur le sujet, sur la base d'un exposé du Président du Groupe d'étude sur l'état d'avancement des travaux du groupe.

B. Examen du sujet à la présente session

237. À la présente session, le Groupe d'étude a été reconstitué et a tenu 10 séances les 17 et 26 mai, le 6 juin et les 4, 11, 12, 13 et 17 juillet 2006. Il était saisi d'un rapport établi par le Président du Groupe d'étude, M. Martti Koskenniemi, ainsi que d'une série de projets de conclusions fondées sur cette étude. Le premier document consistait en un résumé et une analyse du phénomène de la fragmentation s'appuyant sur les études préparées par les différents membres du Groupe d'étude et prenant en considération les observations faites par les membres de celui-ci (A.CN.4/L.682 et Corr.1). Le deuxième document comprenait les projets de conclusions des travaux du Groupe d'étude entre 2002 et 2005, ainsi que des projets de conclusions supplémentaires (A.CN.4/L.682/Add.1) et une section consacrée à l'historique. Les travaux du Groupe d'étude au cours de la présente session ont été axés sur la mise au point définitive de ces conclusions. Lors de sa réunion du 17 juillet 2006, le Groupe d'étude a achevé ses travaux et adopté son rapport contenant 42 conclusions (voir, sect. D.II, ci-dessous). Le Groupe d'étude a souligné l'importance du caractère collectif de ses conclusions. Il a aussi fait valoir que, pour être pleinement comprises, ces conclusions devaient être rapprochées de l'étude analytique établie sous sa forme définitive par le Président, sur laquelle elles s'appuient.

238. Aux 2901^e et 2902^e séances de la Commission, les 27 et 28 juillet 2006, le Président du Groupe d'étude a présenté le rapport du Groupe.

239. À ses 2902^e, 2911^e et 2912^e séances, le 28 juillet et les 9 et 10 août 2006, la Commission a examiné le rapport du Groupe d'étude (sect. D ci-dessous). La proposition d'un membre tendant à faire la distinction entre fragmentation positive et fragmentation négative n'a pas été retenue par la Commission. Après un échange de vues, celle-ci a décidé à sa 2902^e séance de prendre

¹⁰¹⁰ Ibid., par. 447 et 448. Voir aussi *ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10), chap. IX; *ibid.*, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10), par. 416 à 418; *ibid.*, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), par. 301 et 302.

note des conclusions du Groupe (sect. D.II ci-dessous) et, à sa 2912^e séance, de les recommander à l'attention de l'Assemblée générale. À sa 2911^e séance, elle a demandé que l'étude analytique du Président du Groupe d'étude soit, conformément à l'usage, publiée sur le site Web de la Commission et dans l'*Annuaire*.

C. Hommage au Groupe d'étude et à son président

240. À sa 2911^e séance, le 9 août 2006, la Commission a adopté par acclamation la résolution suivante:

«La Commission du droit international,

Ayant pris note du rapport et des conclusions du Groupe d'étude de "La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international",

Exprime au Groupe d'étude et à son président, M. Martti Koskenniemi, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution remarquable qu'ils ont apportée à l'élaboration du rapport sur la fragmentation du droit international, pour les résultats qu'ils ont obtenus dans la formulation de recommandations et pour l'étude "La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international" qui les accompagne et dont le Président a mis au point le texte final.».

D. Rapport du Groupe d'étude

I. Historique

241. Au cours du dernier demi-siècle, le champ d'application du droit international s'est considérablement étendu. Autrefois instrument de régulation de la diplomatie formelle, il traite désormais des aspects les plus divers de l'activité internationale – du commerce à la protection de l'environnement, des droits de l'homme à la coopération scientifique et technique. De nouvelles institutions multilatérales, régionales et universelles ont été créées dans les domaines du commerce, de la culture, de la sécurité, du développement, etc. Il est difficile d'imaginer aujourd'hui un domaine d'activité qui ne serait pas soumis à une forme ou une autre de régulation juridique internationale.

242. Cette expansion a toutefois eu lieu sans coordination, au sein de groupes régionaux ou fonctionnels d'États. L'accent a été mis sur la solution de problèmes précis plutôt que sur la mise en place d'une réglementation générale de type juridique. Cela correspond à ce que les sociologues appellent la «différenciation fonctionnelle», à savoir la spécialisation croissante de certains secteurs de la société et leur autonomisation connexe. C'est un paradoxe bien connu de la mondialisation que si elle a conduit à une uniformisation croissante de la vie sociale dans le monde, elle s'est aussi traduite par sa fragmentation croissante – c'est-à-dire par l'émergence de domaines d'action sociale et de structures spécialisés et relativement autonomes.

243. La fragmentation de la société internationale revêt une importance juridique dans la mesure où elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes. Ce qui était précédemment régi par le «droit international général» relève désormais de régimes spécialisés comme le «droit commercial», le «droit des droits de l'homme», le «droit de l'environnement», le «droit de la mer», le «droit européen», voire hautement spécialisés comme le «droit des investissements» ou le «droit international des réfugiés», etc., dont chacun possède ses propres principes et institutions.

244. Alors que l'on ne peut mettre en doute la réalité et l'ampleur de la fragmentation, les appréciations du phénomène ont varié. Certains commentateurs ont adopté une position très critique par rapport à ce qu'ils considèrent comme l'érosion du droit international général, l'apparition de jurisprudences divergentes, la recherche de la juridiction la plus favorable et la perte de sécurité juridique. D'autres y ont vu surtout un problème technique qui est apparu naturellement avec l'accroissement de l'activité juridique internationale et qui peut être maîtrisé par des mesures techniques de rationalisation et de coordination¹⁰¹¹. C'est pour évaluer l'ampleur

¹⁰¹¹ Aujourd'hui, «la fragmentation» est un sujet fréquemment traité dans le cadre d'ouvrages universitaires et de conférences. Parmi les différents ouvrages consacrés à la diversification des sources de la réglementation internationale, on peut consulter par exemple: Éric Loquin et Catherine Kessedjian (dir. publ.), *La mondialisation du droit* (Paris: Litec, 2000); et Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). José Alvarez dans *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005) se penche sur l'activité des organisations traditionnelles. Rüdiger Wolfrum et Volker Röben (dir. publ.) dans *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005), p. 417 à 586, et Ronnie Lipschutz et Cathleen Vogel, dans «Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation», R. R. Hall et T. J. Bierstaker, dans *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 115 à 140, offrent différentes perspectives contemporaines d'activité normative autre que l'élaboration de traités. Voir également «Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle», *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), p. 679 à 993; Andreas Zimmermann et Reiner Hoffmann, assistés de Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International*

du problème de la fragmentation et, éventuellement, proposer des moyens de le traiter, que la Commission a institué en 2002 le Groupe d'étude chargé de se pencher sur cette question.

245. D'emblée, la Commission a reconnu que la fragmentation soulevait deux problèmes, au plan institutionnel et au fond. Au plan institutionnel, la difficulté tient à la juridiction et à la compétence des différentes institutions qui appliquent des règles de droit international et à leurs relations hiérarchiques. La Commission a décidé de laisser cette question de côté. Mieux vaut laisser aux institutions elles-mêmes le soin de traiter des compétences institutionnelles. La Commission a voulu par contre insister sur la question de fond – le fractionnement du droit en secteurs hautement spécialisés qui revendiquent une autonomie relative les uns par rapport aux autres et par rapport au droit général. Quels sont les effets quant au fond de la spécialisation? Comment concevoir les rapports entre ces secteurs? Plus concrètement, si les règles de deux régimes au plus entrent en conflit, que peut-on faire pour régler ces conflits?

246. Comme la majorité des commentateurs, la Commission a compris que le sujet avait des aspects à la fois positifs et négatifs, comme l'atteste la reformulation de l'intitulé du sujet en «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international». D'un côté, la fragmentation crée effectivement un risque de conflit et d'incompatibilité entre des règles, principes, régimes et pratiques institutionnelles. De l'autre, elle reflète l'expansion de l'activité juridique internationale dans des domaines nouveaux et la diversification concomitante de ses objets et techniques. La fragmentation et la diversification correspondent au développement et à l'expansion du droit international en réponse aux exigences d'un monde pluraliste. Dans le même temps, elles peuvent occasionnellement créer entre des règles et des régimes des conflits qui risquent d'en saper l'application effective. Bien que la fragmentation puisse créer des problèmes, ceux-ci ne sont ni complètement nouveaux, ni de telle nature qu'on ne puisse les régler par les techniques auxquelles les juristes internationaux ont recouru naguère pour traiter les conflits normatifs.

Law (Berlin: Dunker et Humblot, 2006); Karel Wellens et Rosario Huesa Vinaixa (dir. publ.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Bruxelles: Bruylant, 2006, à paraître). Pierre-Marie Dupuy prend fait et cause pour l'unité dans «L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public», *Recueil des Cours...*, vol. 297 (2002). Pour davantage de références, voir Martti Koskenniemi et Päivi Leino, «Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), p. 553 à 579.

247. La raison pour laquelle la Commission s'intéresse à la fragmentation est que l'apparition de nouveaux types particuliers de règles, dits «régimes autonomes», et de systèmes conventionnels au champ d'application géographique ou fonctionnel limité, pose des problèmes de cohérence en droit international. Les nouveaux types de droit spécialisé n'apparaissent pas fortuitement mais visent à répondre à de nouveaux besoins techniques et fonctionnels. L'apparition du «droit de l'environnement», par exemple, répond au souci croissant que suscite l'état de l'environnement international. Le «droit commercial» devient un instrument pour profiter des possibilités créées par un avantage relatif dans les relations économiques internationales. Le «droit des droits de l'homme» vise à protéger les intérêts des personnes physiques et le «droit pénal international» traduit en termes juridiques la «lutte contre l'impunité». Chaque régime comporte ses propres principes, son propre savoir-faire et sa propre «éthique», laquelle n'est pas forcément identique à celle des spécialisations voisines. Le «droit commercial» et le «droit de l'environnement», par exemple, ont des objectifs très spécifiques et reposent sur des principes qui peuvent souvent tendre vers des directions différentes. Pour être efficace, le nouveau droit comporte souvent de nouveaux types de clauses conventionnelles ou de pratiques qui peuvent ne pas être compatibles avec l'ancien droit général ou le droit de telle ou telle autre branche spécialisée. Très souvent, de nouvelles règles ou de nouveaux régimes sont précisément développés pour s'écarter des règles prévues précédemment par le droit général. Lorsque les écarts se généralisent et se multiplient, l'unité du droit en souffre.

248. Il importe de noter que de telles déviations ne résultent pas de «méprises» juridiques ou techniques. Elles reflètent la diversité de visées et de préférences des acteurs d'une société pluraliste (mondiale). Un droit qui ne parviendrait pas à exprimer clairement les différences existant entre les intérêts ou les valeurs propres à des situations ou domaines de problèmes particuliers apparaîtrait tout à fait inacceptable. Mais si la fragmentation est un phénomène «naturel» (de fait, le droit international a toujours été relativement «fragmenté» en raison de la diversité des systèmes juridiques nationaux qui y participent), il y a toujours eu de même des processus compensateurs, tout aussi naturels, tendant dans la direction opposée. Ainsi, par exemple, le droit international général a continué de se développer grâce à l'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, du droit coutumier et des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées». Le fait qu'un certain nombre de traités reflètent des règles du droit international général et que réciproquement certaines dispositions de traités sont incorporées dans le corpus du droit international général témoigne de la vitalité et de

la synergie du système ainsi que de l'attraction vers la cohérence que l'on constate dans le droit lui-même.

249. Les travaux de la Commission sur la fragmentation trouvent leur justification dans le fait que, bien que la fragmentation soit inévitable, il est souhaitable de disposer d'un cadre permettant de l'évaluer et de la gérer d'une manière juridique professionnelle. Ce cadre est fourni par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Un aspect qui unit pratiquement tous les nouveaux régimes (et certainement la totalité des régimes les plus importants) tient à ce qu'ils tirent leur force obligatoire, et que les acteurs pertinents ont conscience qu'ils relèvent, du droit des traités si bien que la Convention de Vienne fournit déjà un cadre unificateur de cette évolution. En sa qualité d'organe auteur en son temps de la Convention de Vienne, la Commission est en bonne place pour analyser la fragmentation du droit international dans cette perspective.

250. Pour ce faire, le Groupe d'étude de la Commission a jugé utile de tenir compte de la multitude de techniques existant en droit traditionnel pour traiter des tensions ou des conflits entre règles et principes de droit. Ces techniques ont pour point commun de chercher à créer des relations logiques entre ces règles et principes de façon à savoir comment les utiliser dans un différend ou un conflit donné. Les conclusions qui suivent énoncent certains des principes dont il convient de tenir compte lorsque l'on traite des conflits existants ou potentiels entre règles et principes juridiques.

II. Conclusions des travaux du Groupe d'étude

251. Les conclusions auxquelles le Groupe d'étude est parvenu dans ses travaux sont les suivantes:

1. Généralités

1) *Le droit international en tant que système juridique.* Le droit international est un système juridique. Ses règles et principes (c'est-à-dire ses normes) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes. Il existe des relations significatives entre ces normes. Celles-ci peuvent

donc occuper un niveau hiérarchique plus ou moins élevé, leur formulation peut être plus ou moins générale ou spécifique et leur validité peut être récente ou de longue date.

2) Dans l'application du droit international, il est souvent nécessaire de déterminer la relation exacte entre deux règles et principes – ou plus – qui sont à la fois valables et applicables relativement à une situation¹⁰¹². À cette fin, les relations pertinentes se divisent en deux catégories générales:

- *Les relations d'interprétation.* Tel est le cas lorsqu'une norme aide à l'interprétation d'une autre. Une norme peut aider à l'interprétation d'une autre norme si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement:
- *Les relations de conflit.* Tel est le cas lorsque deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes. Les règles fondamentales concernant la résolution des conflits normatifs figurent dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

3) *La Convention de Vienne sur le droit des traités.* Lorsque l'on cherche à déterminer les relations mutuelles entre deux normes ou plus, il convient d'interpréter ces normes conformément à, ou par analogie avec, la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier les dispositions de ses articles 31 à 33 relatives à l'interprétation des traités.

4) *Le principe de l'harmonisation.* On s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles.

¹⁰¹² Le fait que deux normes soient *valables* relativement à une situation signifie qu'elles couvrent chacune les faits constituant cette situation. Le fait que deux normes soient *applicables* dans une situation signifie qu'elles ont force obligatoire pour les sujets de droit qui se trouvent dans la situation considérée.

2. La maxime *lex specialis derogat legi generali*

- 5) *Principe général.* La maxime *lex specialis derogat legi generali* est une méthode généralement admise d'interprétation et de résolution des conflits en droit international. Elle signifie que, chaque fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, priorité devrait être donnée à la norme la plus spécifique. Ce principe peut s'appliquer dans plusieurs contextes: entre des dispositions figurant dans un seul traité; entre des dispositions figurant dans deux traités ou plus; entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, de même qu'entre deux normes non conventionnelles¹⁰¹³. La source de la norme (qu'elle soit conventionnelle, coutumière ou qu'il s'agisse d'un principe général du droit) n'a pas d'importance décisive dans la détermination de la norme la plus spécifique. Dans la pratique, toutefois, les traités font souvent fonction de *lex specialis* par rapport au droit coutumier et aux principes généraux¹⁰¹⁴.
- 6) *Appréciation en fonction du contexte.* La relation entre la maxime de la *lex specialis* et les autres normes d'interprétation ou de résolution des conflits ne peut être déterminée de manière générale. On ne peut décider qu'en fonction du contexte si le critère de spécialité doit prendre le pas sur celui de temporalité ou inversement.
- 7) *Raison d'être du principe.* Le fait que le droit spécial prime le droit général a pour justification que le premier, plus concret, tient souvent mieux compte que tout droit général

¹⁰¹³ Pour ce qui concerne l'application du principe à des dispositions figurant dans un seul traité, voir *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)*, I.L.R., vol. 52 (1979), p. 97, 141 et 142, par. 36, 38 et 39; affaire C-96/00, *Rudolf Gabriel*, Arrêt du 11 juillet 2002, CJE (2002) I-06367, p. 6398 et 6399, par. 35 et 36, et p. 6404, par. 59; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Arrêt du 28 mai 1993, C.E.D.H., série A (1993), n° 258, par. 76; *De Jong, Baljet et van den Brink c. Pays-Bas*, Arrêt du 22 mai 1984, C.E.D.H., série A (1984), n° 77, par. 60; *Murray c. Royaume-Uni*, Arrêt du 28 octobre 1994, C.E.D.H., série A (1994), n° 300, par. 98; et *Nikolova c. Bulgarie*, Arrêt du 25 mars 1999, C.E.D.H., 1999-II, par. 69. Pour ce qui concerne l'application du principe entre des dispositions figurant dans plusieurs instruments, voir affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), C.P.J.I. série A n° 2 (1924), p. 31. Pour ce qui concerne son application entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Tribunal des différends irano-américains, Iran-U.S.C.T.R., vol. 8, 1985-I, p. 378. Pour ce qui concerne l'application du principe entre une pratique particulière et une coutume générale, voir affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde) (Fond)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 44. La Cour y dit: «Par conséquent, se trouvant en présence d'une pratique clairement établie entre deux États et acceptée par les Parties comme régissant leurs rapports, la Cour doit attribuer un effet décisif à cette pratique en vue de déterminer leurs droits et obligations spécifiques. Une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles.»

¹⁰¹⁴ Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) (Fond)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 137, par. 274, la Cour y a dit: «D'une manière générale, les règles conventionnelles ayant le caractère de *lex specialis*, il ne conviendrait pas qu'un État présente une demande fondée sur une règle de droit international coutumier si, par traité, il a déjà prévu des moyens de régler une telle demande.»

applicable des particularités du contexte dans lequel il doit être appliqué. Il arrive fréquemment aussi que son application puisse aboutir à un résultat plus équitable et mieux traduire l'intention des sujets de droit.

8) *Fonctions de la lex specialis*. La majeure partie du droit international revêt un caractère supplétif, ce qui signifie que le droit spécial peut être utilisé pour appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier le droit général, de même que pour l'écarter.

9) *L'effet de la lex specialis sur le droit général*. L'application du droit spécial n'emporte pas normalement extinction du droit général pertinent¹⁰¹⁵. Ce droit demeurera valable et applicable; il continuera, conformément au principe de l'harmonisation visé à la conclusion 4 *supra*, à orienter l'interprétation et l'application du droit spécial pertinent et deviendra pleinement applicable dans des situations non prévues par ce dernier¹⁰¹⁶.

10) *Types particuliers de droit général*. Le droit spécial ne peut cependant déroger à certains types de droit général¹⁰¹⁷. Le *jus cogens* est expressément non susceptible de dérogation ainsi que cela est énoncé dans les conclusions 32, 33, 40 et 41 *infra*¹⁰¹⁸. En outre, d'autres considérations peuvent amener à conclure que le droit général l'emporterait, auquel cas la présomption de la *lex specialis* ne pourrait pas s'appliquer, notamment le point de savoir:

¹⁰¹⁵ Ainsi, dans l'affaire du Nicaragua, *ibid.*, p 95, par. 179, la Cour a noté: «Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique.»

¹⁰¹⁶ Dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 240, par. 25, la Cour a décrit le lien entre le droit des droits de l'homme et le droit applicable dans les conflits armés de la manière suivante: «... la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du Pacte... C'est toutefois ... à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du Pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du Pacte.»

¹⁰¹⁷ Il n'existe pas de définition acceptée du «droit international général». Aux fins des présentes conclusions, cependant, il suffit de définir le terme «général» par rapport à sa contrepartie logique, le terme «spécial». Dans la pratique, les juristes sont généralement en mesure de faire cette distinction en se référant au contexte dans lequel elle apparaît.

¹⁰¹⁸ Dans l'affaire *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Irlande c. Royaume-Uni)* (Sentence finale du 2 juillet 2003), I.L.R., vol. 126 (2005), p. 364, par. 84, le tribunal arbitral a observé que: «même en ce cas, [le tribunal] doit suivre les règles pertinentes de *jus cogens* avec lesquelles la *lex specialis* des parties peut être incompatible».

- Si l'on peut déduire la primauté du droit général de la forme ou de la nature de celui-ci ou de l'intention des parties, selon le cas;
- Si l'application du droit spécial risquerait de vider de sa substance le *but* du droit général;
- Si des tiers bénéficiaires risqueraient de pâtir du droit spécial; et
- Si le droit spécial risquerait de porter atteinte à l'équilibre des droits et obligations établi dans le droit général.

3. Régimes spéciaux (autonomes)

11) *Les régimes spéciaux («autonomes»)* en tant que *lex specialis*. Un groupe de règles et de principes intéressant une matière particulière peut former un régime spécial («régime autonome») et être applicable en tant que *lex specialis*. Ces régimes spéciaux sont souvent dotés d'institutions qui leur sont propres pour administrer les règles pertinentes.

12) On peut distinguer trois types de régimes spéciaux:

- Parfois, la violation d'un groupe particulier de règles (primaires) entraîne la mise en œuvre d'un ensemble particulier de règles (secondaires) concernant la violation et les réactions à cette violation. Tel est le cas principal visé à l'article 55 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites¹⁰¹⁹.
- Parfois, cependant, un régime spécial est formé d'un ensemble de règles spéciales, y compris de droits et d'obligations, relatives à une matière particulière. Ces règles peuvent intéresser une région géographique (comme par exemple un traité relatif à la protection d'une certaine rivière) ou une

¹⁰¹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 76. Dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, C.I.J. Recueil 1980, p. 40, par. 86, la Cour a dit: «Bref, les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus.».

question de fond (par exemple un traité réglementant les utilisations d'une arme particulière). Un tel régime spécial peut découler d'un traité unique, de plusieurs traités, ou d'un ou de plusieurs traités suivis d'une évolution non conventionnelle (pratique ultérieure ou droit coutumier)¹⁰²⁰.

- Enfin, il peut arriver que toutes les règles et tous les principes qui régissent une certaine matière soient rassemblés pour former un «régime spécial». Des expressions telles que «droit de la mer», «droit humanitaire», «droit des droits de l'homme», «droit de l'environnement» et «droit commercial», etc., désignent certains de ces régimes. Aux fins d'interprétation, de tels régimes peuvent souvent être considérés comme un tout.

13) *Effet du «caractère spécial» d'un régime.* L'importance d'un régime spécial réside souvent dans la façon dont ses normes expriment un objet et un but uniques. Ainsi, leur interprétation et leur application devraient, dans la mesure du possible, traduire cet objet et ce but.

14) *La relation entre les régimes spéciaux et le droit international général.* Un régime spécial peut déroger au droit général dans les mêmes conditions que la *lex specialis* de manière générale (voir les conclusions 8 et 10 *supra*).

15) *Le rôle du droit général dans les régimes spéciaux: combler les lacunes.* Le champ d'application du droit spécial est par définition plus étroit que celui du droit général. Il arrivera donc souvent qu'une question non régie par un droit spécial se pose au sein des institutions chargées de l'administrer. Dans de tels cas, le droit général pertinent sera applicable¹⁰²¹.

¹⁰²⁰ Voir affaire du *Vapeur Wimbledon*, C.P.J.I. série A n° 1 (1923), p. 23 et 24, où la Cour a observé: «[les règles concernant le Canal de Kiel dans le Traité de Versailles de 1919] diffèrent sur plus d'un point de celles auxquelles d'autres voies navigables intérieures de l'Empire [germanique] sont assujetties ... l'accès du Canal de Kiel est ouvert aux navires de guerre et au transit de toutes les nations qui sont en paix avec l'Empire, tandis que le libre accès des autres voies navigables de l'Allemagne ... est réservé aux seules puissances alliées et associées ... les stipulations du Traité de Versailles relatives au Canal de Kiel se suffisent donc à elles-mêmes».

¹⁰²¹ Ainsi, dans l'affaire *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, décision du 12 décembre 2001 (recevabilité), C.E.D.H., 2001-XII, p. 351, par. 57, la Cour européenne des droits de l'homme a analysé les relations entre la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit international général en ces termes: «la Cour rappelle que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter ni s'appliquer dans le vide. Elle doit aussi prendre en considération toute

16) *Le rôle du droit général dans les régimes spéciaux: l'échec des régimes spéciaux.*

Les régimes spéciaux ou les institutions qu'ils créent peuvent échouer. On pourrait conclure à un échec lorsque l'on ne peut raisonnablement compter que le droit spécial remplira convenablement les objectifs pour lesquels il a été adopté. Cet échec pourrait se manifester, entre autres, par la non-réalisation par les institutions du régime des buts qui leur ont été fixés, le non-respect persistant par une ou plusieurs parties, la désuétude, le retrait de parties dont le rôle est déterminant pour le régime. Mais c'est avant tout par une interprétation de ses instruments constitutifs que l'on doit déterminer si un régime a «échoué» en ce sens. En cas d'échec, le droit général pertinent devient applicable.

4. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

17) *L'intégration systémique.* Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités offre dans le cadre de cette Convention un moyen d'appliquer les relations d'interprétation (visées à la conclusion 2 *supra*). L'interprète d'un traité doit tenir compte de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Cet article exprime l'objectif d'«intégration systémique» selon lequel, quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait.

18) *L'interprétation en tant qu'intégration dans le système.* L'intégration systémique régit toute l'interprétation des traités, dont les autres aspects pertinents sont énoncés dans les autres paragraphes des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des

règle de droit international éventuellement pertinente lorsqu'elle examine les questions liées à sa propre compétence et, donc, déterminer la responsabilité de l'État selon les principes de droit international en vigueur, même si elle doit garder à l'esprit que la Convention présente ce caractère particulier d'être un traité relatif aux droits de l'homme. La Convention devrait être interprétée dans toute la mesure possible en harmonie avec les autres principes du droit international, droit dont elle fait partie.».

De même, dans *Corée – Mesures affectant les marchés publics* (19 janvier 2000), WT/DS163/R, par. 7.96, l'Organe d'appel de l'OMC a constaté la relation existant entre les Accords visés de l'OMC et le droit international général comme suit: «Nous notons que l'article 3.2 du Mémoire d'accord exige que nous cherchions, dans le contexte d'un différend particulier, à clarifier les dispositions existantes des Accords de l'OMC, conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Cependant, le lien entre les Accords de l'OMC et le droit international coutumier est plus large que cela. Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit, ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent aux traités de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC.».

traités. Ces paragraphes décrivent un processus de raisonnement juridique dans lequel des éléments particuliers auront plus ou moins de pertinence selon la nature des dispositions conventionnelles dans le contexte de l'interprétation. Dans de nombreux cas, la question de l'interprétation pourra être résolue dans le cadre du traité lui-même. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 traite du cas dans lequel des sources matérielles extérieures au traité sont pertinentes pour son interprétation. Ces sources peuvent être notamment d'autres traités, des règles coutumières ou des principes généraux de droit¹⁰²².

19) *L'application de l'intégration systémique.* Si un traité fonctionne dans le contexte d'autres accords, l'objectif de l'intégration systémique s'appliquera en tant que présomption, avec des aspects à la fois positifs et négatifs:

a) Les parties sont réputées se reporter au droit international coutumier et aux principes généraux de droit pour toutes les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès¹⁰²³;

b) Lorsqu'elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'entendent pas agir de manière non conforme aux principes généralement reconnus du droit international¹⁰²⁴.

¹⁰²² Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* (*Fond*), *C.I.J. Recueil 2003*, par. 41, la Cour a parlé des relations entre un traité bilatéral et le droit international général en se référant au paragraphe 3 c) de l'article 31, comme suit: «En outre, conformément aux règles générales d'interprétation des traités telles qu'elles ont trouvé leur expression dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation doit tenir compte “de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties” (par. 3 c) de l'article 31). La Cour ne saurait admettre que l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article XX du Traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international... L'application des règles pertinentes du droit international relatif à cette question fait donc partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour par ... le Traité de 1955.»

¹⁰²³ Affaire *Georges Pinson (France/États-Unis du Mexique)*, sentence rendue le 13 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 422. Il a été noté que les parties sont réputées se référer aux principes généraux du droit international pour ce qui concerne les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès ou autrement.

¹⁰²⁴ Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* (Exceptions préliminaires), *C.I.J. Recueil 1957*, p. 142, la Cour a déclaré: «C'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant.»

Bien entendu, si tout autre résultat se dégage de l'application des méthodes ordinaires d'interprétation des traités, il convient de lui donner effet, à moins que les principes pertinents ne fassent partie du *jus cogens*.

20) *L'application du droit coutumier et des principes généraux de droit.* Le droit international coutumier et les principes généraux de droit revêtent une importance particulière pour l'interprétation d'un traité en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31, surtout lorsque:

- a) La règle conventionnelle est obscure ou ambiguë;
- b) Les termes utilisés dans le traité ont un sens reconnu en droit international coutumier ou selon les principes généraux de droit;
- c) Le traité est muet sur le droit applicable et l'interprète doit, appliquant la présomption de la conclusion 19 a) *supra*, rechercher des règles développées dans une autre partie du droit international pour trancher la question.

21) *L'application d'autres règles conventionnelles.* Le paragraphe 3 c) de l'article 31 fait aussi obligation à l'interprète d'examiner d'autres règles fondées sur des traités pour parvenir à un sens cohérent. Ces autres règles sont d'une importance particulière lorsque les parties au traité faisant l'objet de l'interprétation sont aussi parties à l'autre traité, lorsque la règle conventionnelle est passée dans le droit international coutumier ou exprime le droit international coutumier, ou lorsque ces règles établissent l'interprétation commune que font les parties de l'objet et du but du traité à interpréter ou du sens d'un terme particulier.

22) *L'intertemporalité.* Le droit international est un système juridique dynamique. Un traité peut indiquer si, en appliquant le paragraphe 3 c) de l'article 31, l'interprète ne devrait se référer qu'aux règles de droit international en vigueur au moment de la conclusion du traité ou s'il peut aussi tenir compte des modifications ultérieures du droit. En outre, le sens d'une disposition conventionnelle peut aussi être affecté par des

évolutions ultérieures, notamment si celles-ci se produisent dans le droit coutumier et les principes généraux de droit¹⁰²⁵.

23) *Notions ouvertes ou évolutives*. Les règles de droit international postérieures au traité faisant l'objet de l'interprétation peuvent être prises en considération surtout lorsque les notions utilisées dans le traité sont ouvertes ou évolutives. C'est le cas, en particulier, lorsque: a) la notion est de celles qui obligent à tenir compte des évolutions techniques, économiques ou juridiques ultérieures¹⁰²⁶; b) la notion énonce une obligation de poursuite du développement progressif incombant aux parties; ou c) la notion est de caractère très général ou exprimée en des termes tellement généraux qu'elle doit tenir compte d'un changement de circonstances¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵ La règle traditionnelle a été fixée par l'arbitre Max Huber dans l'*Affaire de l'île de Palmas (États-Unis d'Amérique/Pays-Bas)*, sentence rendue le 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845 dans le contexte de réclamations territoriales: «... un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque de ce fait, et non du droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait... Le même principe qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit».

¹⁰²⁶ Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 67 et 68, par. 112, la Cour a fait observer ce qui suit: «En insérant dans le traité ces dispositions évolutives, les parties ont reconnu la nécessité d'adapter éventuellement le projet. En conséquence, le traité n'est pas un instrument figé et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international. Au moyen des articles 15 et 19, de nouvelles normes en matière d'environnement peuvent être incorporées dans le plan contractuel conjoint.».

Dans l'*Arbitrage concernant la ligne de chemin de fer Rhin d'acier (ĪJZEREN RIJN) (Belgique c. Pays-Bas)*, sentence rendue le 24 mai 2005, il n'était pas question d'une notion ou d'un terme générique mais d'un progrès technique quant au fonctionnement et à la capacité d'une ligne de chemin de fer. On a eu recours à une interprétation évolutive pour garantir l'application effective de l'objet et du but du traité. Le tribunal arbitral a constaté aux paragraphes 82 et 83: «L'objet et le but du Traité de séparation de 1839 étaient de résoudre les nombreux et difficiles problèmes qui compromettaient une séparation stable de la Belgique et des Pays-Bas: ceux de l'article XII étaient d'établir une liaison de transport entre la Belgique et l'Allemagne, le long d'un itinéraire fixé par le Traité de délimitation de 1842. L'objet du traité n'était pas fixé pour une durée limitée et son but était d'établir des "communications commerciales". Il s'ensuit nécessairement, même en l'absence de libellé spécifique, que les travaux allant au-delà de la réparation d'anciennes installations qui peuvent s'avérer nécessaires ou souhaitables de temps à autre pour assurer la viabilité commerciale contemporaine resteraient un élément concomitant du droit de transit que la Belgique pourrait demander. Cela étant, la totalité de l'article XII, avec son soigneux équilibre des droits et obligations des Parties, demeure en principe applicable à l'adaptation et à la modernisation demandées par la Belgique» (texte de la sentence (en anglais) consultable à l'adresse <http://www.pca-cpa.org> (dernière visite le 14 juillet 2006)).

¹⁰²⁷ Voir *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*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, par. 53. La Cour a dit que la notion de «mission sacrée de civilisation» était par définition évolutive. «On doit donc admettre que les parties au Pacte [l']ont accepté[e] comme tel[le]. C'est pourquoi, quand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international

5. Conflits entre normes successives

24) *Lex posterior derogat legi priori*. Selon l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, lorsque toutes les parties à un traité sont également parties à un traité antérieur sur le même sujet, et que ce dernier n'a pas pris fin ou que son application n'a pas été suspendue, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. Il s'agit là d'une expression du principe selon lequel «le droit postérieur prime le droit antérieur».

25) *Limites du principe de la «lex posterior»*. Le principe de la *lex posterior* est toutefois d'application limitée. Il ne peut par exemple s'appliquer automatiquement au cas dans lequel les parties au traité postérieur ne sont pas les mêmes que les parties au traité antérieur. En pareil cas, comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'État qui est partie à deux traités incompatibles a des obligations à l'égard des parties aux deux traités séparément. S'il ne peut remplir les obligations qui lui incombent en vertu des deux traités, il risque d'être responsable de la violation de l'un d'eux, sauf si les parties concernées en décident autrement. Dans ce cas, l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peut lui aussi devenir applicable. Il est impossible de répondre par une règle générale à la question de savoir lequel des traités incompatibles devrait être appliqué et laquelle des violations de l'un ou l'autre traité devrait entraîner la responsabilité de l'État¹⁰²⁸. Les conclusions 26 et 27 ci-après exposent les considérations qui pourraient alors être prises en compte.

doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu.»

Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 67, par. 112, la Cour a noté ce qui suit: «[L]a Cour tient à relever que de nouvelles normes du droit de l'environnement, récemment apparues, sont pertinentes pour l'exécution du traité et que les parties pouvaient, d'un commun accord, en tenir compte en appliquant les articles ... du traité. Ces articles ne contiennent pas d'obligations spécifiques de faire, mais ils imposent aux parties, en s'acquittant de leurs obligations de veiller à ce que la qualité des eaux du Danube ne soit pas compromise et à ce que la protection de la nature soit assurée, de tenir compte des nouvelles normes en matière d'environnement lorsque ces parties conviennent des moyens à préciser dans le plan contractuel conjoint».

¹⁰²⁸ La jurisprudence sur les conflits entre normes successives n'est pas abondante. Toutefois un cas de conflit entre traités s'est présenté dans l'affaire *Slivenko et autres c. Lettonie* (décision sur la recevabilité du 23 janvier 2002), C.E.D.H., 2002-II, p. 14, par. 60 et 61, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'un traité bilatéral antérieur entre la Lettonie et la Russie ne pouvait pas être invoqué pour limiter l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: «Il découle du texte de l'article 57 1) de la Convention [européenne des droits de l'homme], combiné avec l'article 1, que la ratification de

26) *La distinction entre les dispositions conventionnelles qui relèvent du même «régime» et les dispositions qui relèvent de «régimes» différents.* Le principe de la *lex posterior* est le plus solide lorsqu'il concerne des dispositions contradictoires ou faisant double emploi de traités institutionnellement liés ou dont l'objet est de promouvoir des objectifs similaires (c'est-à-dire relevant du même régime). En cas de conflit ou de chevauchement entre des traités relevant de différents régimes, la question de savoir lequel est postérieur n'implique pas nécessairement une présomption de priorité de l'un sur l'autre. Les États liés par les obligations conventionnelles devraient plutôt essayer de les exécuter autant que possible dans une optique d'accommodation mutuelle et conformément au principe de l'harmonisation. Il ne saurait cependant être question de porter atteinte aux droits substantiels des parties au traité ou des tiers bénéficiaires.

27) *Types particuliers de traités ou de dispositions conventionnelles.* La présomption de la *lex posterior* ne peut pas s'appliquer lorsque les parties ont eu l'intention de l'exclure, ce qui peut être déduit de la nature des dispositions ou des instruments pertinents, ou de leur objet et de leur but. Les limitations applicables dans le cas de la présomption de la *lex specialis* énoncées dans la conclusion 10 peuvent aussi s'appliquer dans le cas de la *lex posterior*.

28) *Le règlement des différends à l'intérieur d'un régime ou d'un régime à l'autre.* Les conflits entre États concernant des dispositions conventionnelles contradictoires devraient normalement être réglés par la négociation entre les parties aux traités pertinents. Toutefois, lorsque aucune solution négociée n'est possible, il faudrait avoir recours, le cas échéant, à d'autres mécanismes de règlement des différends. Lorsque le conflit concerne des dispositions relevant d'un seul régime (tel que défini dans la conclusion 26 ci-dessus), il peut être approprié de le régler dans le cadre du mécanisme propre à ce régime. Cependant, lorsque le conflit concerne des dispositions de traités qui ne relèvent pas du même régime, il faudrait prêter une attention particulière à l'indépendance des moyens de règlement choisis.

la Convention par un État donné suppose que toute loi alors en vigueur sur son territoire soit conciliable avec la Convention... La Cour estime que les mêmes principes doivent s'appliquer à l'égard de toute disposition d'un traité qu'un État contractant a conclu avant de ratifier la Convention et qui risque de ne pas cadrer avec certaines de ses dispositions.»

29) *Accords inter se*. Le cas des accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (accords *inter se*) est couvert par l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. De tels accords sont une méthode souvent utilisée pour rendre plus efficace l'application du traité originel entre un nombre limité de parties à celui-ci qui sont désireuses de prendre des mesures plus concrètes ou plus ambitieuses pour réaliser l'objet et le but du traité. Des accords *inter se* peuvent être conclus si cela est prévu ou n'est pas expressément interdit par le traité originel et si l'accord «i) ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations, et ii) ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble» (art. 41 1) b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

30) *Clauses de conflit*. Lorsque des États adhèrent à des traités susceptibles d'être en conflit avec d'autres traités, ils devraient viser à régler les relations entre ces traités en adoptant des clauses de conflit appropriées. Au moment d'adopter de telles clauses, il convient d'avoir à l'esprit:

- a) Qu'elles ne sauraient porter atteinte aux droits de tiers;
- b) Qu'elles devraient être aussi claires et précises que possible. En particulier, elles devraient viser des dispositions spécifiques du traité et ne pas en compromettre l'objet et le but;
- c) Qu'elles devraient, selon le cas, être liées à des moyens de règlement des différends.

6. La hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies

31) *Les rapports hiérarchiques entre les normes de droit international*. Les principales sources du droit international (traités, coutume, principes généraux de droit tels qu'ils sont énoncés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) ne sont pas *inter se*

soumises à des relations hiérarchiques¹⁰²⁹. Il n'est pas d'une manière générale approprié de raisonner par analogie avec le caractère hiérarchique du système juridique interne en raison des différences entre les deux systèmes. Cela étant, certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, ce qui leur confère une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. C'est ce que l'on exprime parfois en désignant certaines normes comme «fondamentales» ou comme l'expression de «considérations élémentaires d'humanité»¹⁰³⁰ ou de «principes intransgressibles du droit international»¹⁰³¹. L'effet que peuvent avoir de telles désignations est habituellement déterminé par le contexte ou l'instrument précis dans lequel la désignation apparaît.

32) *Les rapports hiérarchiques reconnus en fonction de la teneur des règles quant au fond: jus cogens.* Une règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu ainsi que de l'acceptation universelle de sa supériorité. Tel est le cas des normes impératives du droit international (*jus cogens*, art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), c'est-à-dire de toute norme «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»¹⁰³².

33) *Le contenu du jus cogens.* Les exemples les plus fréquemment cités de normes de *jus cogens* sont l'interdiction de l'agression, de l'esclavage et de la traite des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale, de l'apartheid et de la torture, ainsi que les règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, et le droit à l'autodétermination¹⁰³³. D'autres règles peuvent également avoir le caractère

¹⁰²⁹ En outre, l'alinéa *d* de l'article 38 mentionne «les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit».

¹⁰³⁰ Affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

¹⁰³¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, par. 79.

¹⁰³² Art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités: «Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.»

¹⁰³³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, commentaire de l'article 40 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, par. 4 à 6. Voir aussi le commentaire de l'article 26, par. 5. Voir également affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, C.I.J. Recueil 2006, par. 64.

de *jus cogens* dans la mesure où elles sont acceptées et reconnues par la communauté internationale des États comme des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise.

34) *Les rapports hiérarchiques reconnus en vertu d'une disposition conventionnelle: Article 103 de la Charte des Nations Unies.* Une règle de droit international peut être également supérieure à d'autres en vertu d'une disposition conventionnelle. Ainsi, l'Article 103 de la Charte des Nations Unies dispose: «En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la [...] Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.»

35) *Le champ d'application de l'Article 103 de la Charte.* L'Article 103 s'applique non seulement aux articles de la Charte mais aussi aux décisions contraignantes prises par des organes de l'ONU comme le Conseil de sécurité¹⁰³⁴. Vu le caractère de certaines dispositions de la Charte, la nature constitutionnelle de la Charte et la pratique établie des États et des organes de l'ONU, les obligations résultant de la Charte peuvent aussi prévaloir sur le droit international coutumier en cas de divergence.

36) *Le statut de la Charte des Nations Unies.* Il est également reconnu que la Charte des Nations Unies elle-même jouit d'un statut spécial en raison de la nature fondamentale de certaines de ses normes, en particulier ses buts et principes, et de son acceptation universelle¹⁰³⁵.

37) *Les règles spécifiant des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble: obligations erga omnes.* Certaines obligations ont un statut spécial en raison de leur champ d'application universel. Tel est le cas des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations d'un État envers la communauté internationale dans son ensemble. Ces règles concernent tous les États et tous les États peuvent être considérés comme ayant un

¹⁰³⁴ Affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)* (Mesures conservatoires), C.I.J. Recueil 1992, par. 42; et affaire relative à des *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), C.I.J. Recueil 1992, par. 39 et 40.

¹⁰³⁵ Voir l'Article 2 (par. 6) de la Charte des Nations Unies.

intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés¹⁰³⁶. Tout État peut invoquer la responsabilité de l'État qui viole de telles obligations¹⁰³⁷.

38) *La relation entre les normes de jus cogens et les obligations erga omnes*. Il est reconnu que si toutes les obligations établies par des normes de *jus cogens*, comme il est indiqué dans la conclusion 33 ci-dessus, ont également le caractère d'obligation *erga omnes*, l'inverse n'est pas nécessairement vrai¹⁰³⁸. Toutes les obligations *erga omnes* ne sont pas établies par des normes impératives du droit international général. Tel est le cas, par exemple, de certaines obligations découlant «des principes et des règles

¹⁰³⁶ Selon les termes de la Cour internationale de Justice: «Une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase) C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33. Ou, conformément à la définition donnée par l'Institut de droit international, une obligation *erga omnes* est: «... une obligation relevant du droit international général à laquelle un État est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les États à réagir»; Institut de droit international, «Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international», Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1^{er}.

¹⁰³⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 48, par. 1 b). Cela viserait notamment l'article premier commun de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, toutes du 12 août 1949.

¹⁰³⁸ Selon la Cour internationale de Justice: «Ces obligations découlent, par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général ... d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel.». Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 34. Voir aussi affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29. Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*. Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, par. 155 et 159 (incluant, en tant qu'obligations *erga omnes*, «certaines des obligations ... en vertu du droit international humanitaire» ainsi que le respect du droit à l'autodétermination). Pour l'interdiction du génocide en tant qu'obligation *erga omnes*, voir affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 595, par. 31, et affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, *C.I.J. Recueil 2006*, par. 64. Dans l'affaire *Furundzija*, la torture a été définie à la fois comme norme impérative et comme obligation *erga omnes*, voir *Le Procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1, Chambre de première instance II, I.L.R., vol. 121 (2002), p. 260, par. 151.

concernant les droits fondamentaux de la personne humaine»¹⁰³⁹, ainsi que certaines obligations relatives à l'indivis mondial¹⁰⁴⁰.

39) *Les différentes approches du concept d'obligations erga omnes.* Le concept d'obligations *erga omnes* a aussi été employé pour viser des obligations relevant d'un traité multilatéral auxquelles un État partie à ce traité est tenu envers tous les autres États parties au traité (obligations *erga omnes partes*)¹⁰⁴¹ ou envers des États qui n'y sont pas parties, en tant que tierces parties bénéficiaires. En outre, des questions de statut territorial ont été fréquemment qualifiées par l'expression *erga omnes*, visant leur opposabilité à tous les États¹⁰⁴². Ainsi, il a été dit que les traités territoriaux et de frontières représenteraient une réalité juridique touchant nécessairement des États tiers, parce qu'ils ont un effet *erga omnes*¹⁰⁴³.

40) *La relation entre le jus cogens et les obligations découlant de la Charte des Nations Unies.* La Charte des Nations Unies ayant été universellement acceptée par les États, il est difficile d'envisager un conflit entre les normes de *jus cogens* et les obligations résultant de la Charte. En tout état de cause, aux termes de l'Article 24, paragraphe 2, de la Charte, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies,

¹⁰³⁹ Affaire de la *Barcelona Traction*, *ibid.*

¹⁰⁴⁰ Les obligations sont illustrées par l'article premier du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 610, p. 205, et par l'article 136 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 396.

¹⁰⁴¹ Institut de droit international, «Les obligations *erga omnes* en droit international», Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1^{er} b).

¹⁰⁴² «Selon moi, lorsque existe un titre à une zone de juridiction maritime – qu'il s'agisse d'un plateau continental ou (*arguendo*) d'une zone de pêche – ce titre existe *erga omnes*, c'est-à-dire est opposable en droit international à tous les États», opinion individuelle de M. Oda, Vice-Président, affaire relative à la *Frontière maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 100, par. 40. Voir de même l'opinion individuelle de M. De Castro, dans l'affaire des *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*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 177: «... parce que le statut, comme les *jura in re* – avec lesquels on le confond –, a une efficacité *inter omnes* ou *erga omnes*». Voir aussi l'opinion dissidente de M. Skubiszewski dans l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 248, par. 78 et 79.

¹⁰⁴³ *Government of the State of Eritrea v. The Government of the Republic of Yemen (Phase one: Territorial sovereignty and scope of the dispute)*, tribunal arbitral, 9 octobre 1998, I.L.R., vol. 114 (1999), p. 48, par. 153.

lesquels comprennent des normes qui ont été par la suite traitées comme relevant du *jus cogens*.

41) *Le fonctionnement et l'effet des normes de jus cogens et de l'Article 103 de la Charte.*

a) Toute règle en conflit avec une norme de *jus cogens* devient nulle *ipso facto*;

b) Toute règle en conflit avec l'Article 103 de la Charte des Nations Unies devient inapplicable par suite de ce conflit et dans la mesure de celui-ci.

42) *La hiérarchie des normes et le principe de l'harmonisation.* Les conflits entre les règles de droit international devraient être réglés conformément au principe de l'harmonisation, tel qu'il est énoncé dans la conclusion 4 ci-dessus. En cas de conflit entre l'une des normes hiérarchiquement supérieures visées dans la présente section et une autre norme de droit international, cette dernière devrait, dans la mesure du possible, être interprétée d'une manière compatible avec la première. En cas d'impossibilité, la norme supérieure prévaut.

CHAPITRE XIII

AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. L'expulsion des étrangers

252. La Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial pour le sujet, M. Maurice Kamto (A/CN.4/573), ainsi que d'un mémorandum établi par le secrétariat (A/CN.4/565). La Commission a décidé d'examiner le rapport à sa session suivante, en 2007.

B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

253. À sa 2899^e séance, le 25 juillet 2006, la Commission a constitué un groupe de planification pour la session en cours¹⁰⁴⁴.

254. Le Groupe de planification a tenu trois séances. Il était saisi de la section I du résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixantième session, intitulée «Autres décisions et conclusions de la Commission», et de la résolution 60/22 (par. 6, 7, 8, 13 et 16) de l'Assemblée générale, relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-septième session. Il a en outre examiné le projet de cadre stratégique pour la période 2008-2009, concernant le Programme 6 (Affaires juridiques), Sous-programme 3 (Développement progressif et codification du droit international), dont il a pris acte.

255. À sa 2907^e séance, le 7 août 2006, la Commission a pris note du rapport du Groupe de planification.

1. Programme de travail à long terme de la Commission

256. Le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, établi par le Groupe de planification pendant la cinquante-quatrième session de la Commission (2002), dont la présidence était confiée à M. Pellet, a été reconstitué à la session en cours¹⁰⁴⁵. Le Groupe de

¹⁰⁴⁴ Pour la composition du Groupe de planification, voir le paragraphe 6 ci-dessus.

¹⁰⁴⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, par. 521. Pour la composition du Groupe de travail, voir le paragraphe 10 ci-dessus.

travail a présenté son rapport au Groupe de planification le 27 juillet 2006. Conformément à la pratique établie, il a été invité à rendre compte de ses travaux à la fin du quinquennat, au cours de la cinquante-huitième session (2006) de la Commission. Pendant le quinquennat, le Groupe de travail a examiné un certain nombre de sujets, sur lesquels les membres du Groupe de travail, les autres membres de la Commission et le secrétariat ont été invités à préparer des documents préliminaires. Pour le choix des sujets, le Groupe de travail s'est inspiré des critères recommandés par la Commission à sa quarante-neuvième session (1997), à savoir:

- a) Le sujet doit correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international;
- b) Le sujet doit être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et un développement progressif;
- c) Le sujet doit être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins.

[et]

... la Commission ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais pourrait aussi envisager ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale¹⁰⁴⁶.

257. En tenant compte des critères susmentionnés, le Groupe de planification, durant le présent quinquennat, a recommandé d'inscrire les sujets suivants au programme de travail à long terme de la Commission, ce que celle-ci a accepté:

- a) L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*);
- b) L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère;
- c) L'immunité juridictionnelle des organisations internationales;

¹⁰⁴⁶ *Annuaire ... 1997*, vol. II (deuxième partie), p. 72 et 73, par. 238.

- d) La protection des personnes en cas de catastrophe;
- e) La protection des données personnelles dans la circulation transfrontière de l'information;
- f) La compétence extraterritoriale.

258. Les sujets dont l'inscription au programme de travail à long terme a été recommandée ont chacun fait l'objet d'un plan d'étude annexé au présent rapport, à l'exception du sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)». En ce qui concerne ce dernier sujet, il convient de rappeler qu'un rapport préliminaire et un plan d'étude avaient été présentés à la cinquante-sixième session (2004) de la Commission, et qu'il avait été recommandé d'inclure le sujet dans le programme de travail à long terme¹⁰⁴⁷, ce que la Commission était convenue de faire à la même session¹⁰⁴⁸.

259. S'agissant du sujet intitulé «La clause de la nation la plus favorisée», à propos duquel le Groupe de planification n'a pas été en mesure de faire une recommandation finale, la Commission a décidé de consulter les gouvernements sur l'utilité de poursuivre ses travaux sur ce sujet (chap. III, par. 33)¹⁰⁴⁹.

260. La liste récapitulative des sujets inscrits au programme de travail à long terme de la Commission depuis sa quarante-quatrième session (1992) est la suivante¹⁰⁵⁰:

¹⁰⁴⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 362 et annexe.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, par. 363.

¹⁰⁴⁹ La Commission a inscrit le sujet «La clause de la nation la plus favorisée» à son programme de travail lors de sa vingtième session (1967) et a nommé M. Endre Ustor puis M. Nikolai A. Ushakov Rapporteurs spéciaux sur cette question. La Commission a achevé l'examen en deuxième lecture du projet d'articles à sa trentième session (1978). L'Assemblée générale, à ses trente-cinquième, trente-sixième, trente-huitième, quarantième et quarante-troisième sessions (1980, 1981, 1983, 1985 et 1988), a invité les gouvernements et les organisations intergouvernementales à faire des observations sur le projet d'articles proposé par la Commission. À sa quarante-sixième session (1991), l'Assemblée générale, dans sa décision 46/416, a pris note avec satisfaction du travail accompli par la Commission ainsi que des vues et observations des gouvernements et des organisations intergouvernementales, et a décidé de porter le projet d'articles à l'attention des États Membres et des organisations intergouvernementales afin qu'ils le prennent en considération le cas échéant et selon qu'il conviendra.

¹⁰⁵⁰ Afin d'avoir une vue globale des principaux domaines du droit international public, la Commission, à sa quarante-huitième session (1996), a établi un plan général de sujets classés en 13 domaines principaux. Cette liste ne se voulait pas exhaustive et devait servir de référence générale. Elle figure à l'annexe II de l'*Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie).

- a) Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités¹⁰⁵¹;
- b) Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales¹⁰⁵²;
- c) La protection diplomatique¹⁰⁵³;
- d) La propriété et la protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale¹⁰⁵⁴;
- e) Les actes unilatéraux des États¹⁰⁵⁵;
- f) La responsabilité des organisations internationales¹⁰⁵⁶;
- g) Les ressources naturelles partagées¹⁰⁵⁷;
- h) Les risques que pose la fragmentation du droit international¹⁰⁵⁸;

¹⁰⁵¹ *Annuaire ... 1993*, vol. II (deuxième partie), par. 427. La Commission a inscrit ce sujet à son ordre du jour lors de sa quarante-cinquième session (1993), *ibid.*, par. 440. Voir également la résolution 48/31 de l'Assemblée générale du 9 décembre 1993. Le titre du sujet a par la suite été changé en «Réserves aux traités», *Annuaire ... 1995*, vol. II (deuxième partie), par. 487 a).

¹⁰⁵² *Ibid.*, par. 427. La Commission a inscrit ce sujet à son ordre du jour lors de sa quarante-cinquième session (1993), *ibid.*, par. 440. Voir également la résolution 48/31 de l'Assemblée générale du 9 décembre 1993. Le titre du sujet a par la suite été changé en «La nationalité en relation avec la succession d'États», *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), par. 88. Voir également la résolution 51/160 de l'Assemblée générale du 11 décembre 1996.

¹⁰⁵³ *Annuaire ... 1995*, vol. II (deuxième partie), par. 501. En application de la résolution 51/160 de l'Assemblée générale du 11 décembre 1996, la Commission a inscrit ce sujet à son ordre du jour lors de sa quarante-neuvième session (1997), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 169 à 171.

¹⁰⁵⁴ *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), par. 248.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.* En application de la résolution 51/160 de l'Assemblée générale du 11 décembre 1996, la Commission a inscrit ce sujet à son ordre du jour lors de sa quarante-neuvième session (1997), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 191 à 194.

¹⁰⁵⁶ *Annuaire ... 2000*, vol. II (deuxième partie), par. 729. La Commission a inscrit ce sujet à son ordre du jour lors de sa cinquante-quatrième session (2002), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10 et Corr.1)*, par. 517.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.* La Commission a inscrit ce sujet à son ordre du jour lors de sa cinquante-quatrième session (2002), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10 et Corr.1)*, par. 518.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.* La Commission a inscrit ce sujet à son ordre du jour lors de sa cinquante-quatrième session (2002), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10 et Corr.1)*, par. 518. Le titre du sujet a par la suite été changé en «La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», voir *ibid.*, par. 492 à 494.

- i) Les effets des conflits armés sur les traités¹⁰⁵⁹;
- j) L'expulsion des étrangers¹⁰⁶⁰;
- k) L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)¹⁰⁶¹;
- l) L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère¹⁰⁶²;
- m) L'immunité juridictionnelle des organisations internationales¹⁰⁶³;
- n) La protection des personnes en cas de catastrophe¹⁰⁶⁴;
- o) La protection des données personnelles dans la circulation transfrontière de l'information¹⁰⁶⁵; et
- p) La compétence extraterritoriale¹⁰⁶⁶.

261. La Commission a exprimé ses remerciements à la Division de la codification pour le précieux concours qu'elle lui a apporté dans l'élaboration des propositions intitulées «Protection des personnes en cas de catastrophe», «La protection des données personnelles dans la circulation transfrontière de l'information», «La compétence extraterritoriale» et «L'acquiescement et ses effets sur les droits et les obligations juridiques des États», qu'elle a

¹⁰⁵⁹ Ibid. La Commission a inscrit ce sujet à son ordre du jour lors de sa cinquante-sixième session (2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 364.

¹⁰⁶⁰ Ibid. La Commission a inscrit ce sujet à son ordre du jour lors de sa cinquante-sixième session (2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 364.

¹⁰⁶¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 362 et 363 et annexe.

¹⁰⁶² Voir par. 257 ci-dessus et annexe A ci-après.

¹⁰⁶³ Ibid., et annexe B ci-après.

¹⁰⁶⁴ Ibid., et annexe C ci-après. On se souviendra qu'une proposition intitulée «La protection internationale des personnes dans les situations critiques» (2004) a été élaborée par M. M. Kamto à l'intention du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme. Cette proposition est conservée dans les archives de la Division de la codification.

¹⁰⁶⁵ Ibid., et annexe D ci-après.

¹⁰⁶⁶ Ibid., et annexe E ci-après. On se souviendra qu'une proposition intitulée «L'application extraterritoriale de la législation nationale» (1993) a été élaborée par M. P. S. Rao à l'intention du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme. Cette proposition est conservée dans les archives de la Division de la codification.

soumises pour examen au Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, à la demande de celui-ci.

2. Documentation et publications

262. La Commission a examiné la question de la remise en temps voulu de leurs rapports par les rapporteurs spéciaux. Compte tenu des principes régissant la présentation des documents à l'Organisation des Nations Unies ainsi que de la lourde charge de travail des services compétents de l'Organisation, la Commission a souligné une nouvelle fois qu'il importe que les rapporteurs spéciaux soumettent leurs rapports en temps voulu pour qu'ils puissent être traités et distribués suffisamment à l'avance pour permettre aux membres de les étudier.

263. La Commission a réaffirmé qu'il importe que lui soient communiqués tous les éléments de la pratique des États et d'autres sources de droit international qui pourraient lui être utiles dans l'exercice de sa fonction de développement progressif et de codification du droit international. Tout en étant consciente de l'intérêt qu'il y a à être aussi concis que possible, la Commission est fermement convaincue qu'on ne peut limiter a priori la longueur de sa documentation et de ses projets de recherche, en particulier les rapports des rapporteurs spéciaux.

264. La Commission a exprimé ses remerciements à la Division de la codification pour le précieux concours qu'elle lui a apporté, tant par son appui fonctionnel que dans l'élaboration de projets de recherche, en lui transmettant de la documentation juridique assortie d'analyses. En particulier, la Commission prend note avec satisfaction des recherches exhaustives que reflète l'étude du secrétariat sur l'expulsion des étrangers.

265. La Commission a prié le secrétariat de lui communiquer des informations relatives aux publications qui ont trait aux travaux de la Commission.

266. Compte tenu de l'utilité de la publication intitulée «La Commission du droit international et son œuvre» et du fait que la sixième édition a été publiée en 2004, la Commission a prié la Division de la codification de commencer à établir la septième édition de cette publication.

267. La Commission a exprimé ses remerciements à son secrétariat pour les activités déployées en vue de la création du nouveau site Web de la Commission¹⁰⁶⁷. Ce nouveau site constitue une

¹⁰⁶⁷ Accessible à l'adresse suivante: <http://www.un.org/law/ilc/>.

ressource extrêmement précieuse pour la réalisation des travaux de la Commission ainsi qu'un outil d'information permettant d'effectuer des recherches sur ses travaux, contribuant ainsi au renforcement général de l'enseignement, de l'étude et de la diffusion du droit international ainsi qu'à une meilleure connaissance de celui-ci. La Commission a encouragé le secrétariat à continuer d'enrichir la base de données électroniques concernant les travaux de la Commission (y compris le nouveau site Web de la Commission) et à étudier d'autres moyens de diffusion électronique de ceux-ci.

3. Réunion avec des experts des droits de l'homme de l'ONU

268. Conformément à l'article 25, paragraphe 1, de son statut¹⁰⁶⁸, la Commission a recommandé que le secrétariat, en concertation avec le Rapporteur spécial sur les réserves aux traités, organise au cours de la cinquante-neuvième session de la Commission une réunion avec des experts des droits de l'homme de l'ONU, y compris les représentants des organes de suivi des traités de droits de l'homme, en vue d'un débat sur les questions relatives aux réserves aux traités de droits de l'homme.

4. Honoraires

269. La Commission a de nouveau réaffirmé les vues qu'elle avait exprimées dans les précédents rapports à propos de la question des honoraires suite à l'adoption par l'Assemblée générale de sa résolution 56/272, du 27 mars 2002¹⁰⁶⁹. La Commission a une fois de plus souligné que la résolution affecte particulièrement les rapporteurs spéciaux, notamment ceux des pays en développement, en ce qu'elle compromet le financement de leurs travaux de recherche. La Commission prie instamment l'Assemblée générale de réexaminer la question, en vue de rétablir, à ce stade, les honoraires des rapporteurs spéciaux.

¹⁰⁶⁸ L'article 25, par. 1, du Statut de la Commission se lit comme suit: «La Commission peut consulter, lorsqu'elle le juge utile, tout organe des Nations Unies sur tout sujet entrant dans la compétence de cet organe.»

¹⁰⁶⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, par. 525 à 531; *ibid.*, cinquante-huitième session, *Supplément n° 10 (A/58/10)*; par. 447, *ibid.*, cinquante-neuvième session, *Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 369; et *ibid.*, soixantième session, *Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 501.

C. Dates et lieu de la cinquante-neuvième session de la Commission

270. La Commission a décidé que sa cinquante-neuvième session aurait lieu à Genève du 7 mai au 8 juin et du 9 juillet au 10 août 2007.

D. Coopération avec d'autres organes

271. À sa 2899^e séance, le 25 juillet 2006, M^{me} Rosalyn Higgins, Présidente de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités récentes de la Cour et des affaires dont celle-ci est actuellement saisie¹⁰⁷⁰. Un échange de vues a suivi.

272. L'Organisation juridique consultative Afrique-Asie était représentée à la présente session de la Commission par son Secrétaire général, M. Wafik Z. Kamil. Celui-ci a pris la parole devant la Commission à sa 2898^e séance, le 21 juillet 2006¹⁰⁷¹. Un échange de vues à suivi.

273. Le Comité juridique interaméricain était représenté à la présente session de la Commission par son Vice-Président, M. Jean-Paul Hubert. Celui-ci a pris la parole devant la Commission à sa 2904^e séance, le 3 août 2006¹⁰⁷². Un échange de vues a suivi. La Commission a décidé d'exprimer au Comité ses félicitations à l'occasion de son centième anniversaire et de se faire représenter à la cérémonie commémorative par M. Joao Baena Soares.

274. Le Comité européen de coopération juridique et le Comité de conseillers juridiques sur le droit international public étaient représentés à la présente session de la Commission par le Directeur général des affaires juridiques du Conseil de l'Europe, M. Guy de Vel. Celui-ci a pris la parole devant la Commission à sa 2904^e séance, le 3 août 2006¹⁰⁷³. Un échange de vues a suivi.

¹⁰⁷⁰ Cette déclaration est consignée dans le compte rendu de ladite séance.

¹⁰⁷¹ Ibid.

¹⁰⁷² Ibid.

¹⁰⁷³ Ibid.

E. Représentation à la soixante et unième session de l'Assemblée générale

275. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la soixante et unième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Guillaume Pambou-Tchivounda.

276. La Commission a regretté qu'en raison de contraintes budgétaires, un rapporteur spécial ne puisse prendre part aux travaux de la soixante et unième session de l'Assemblée générale.

F. Séminaire de droit international

277. Conformément à la résolution 60/22 de l'Assemblée générale, la quarante-deuxième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 3 au 21 juillet 2006, pendant la cinquante-huitième session de la Commission du droit international. Le Séminaire s'adresse à des étudiants de droit international de niveau avancé et à de jeunes professeurs et fonctionnaires nationaux se destinant à une carrière universitaire ou diplomatique ou à des postes de la fonction publique de leur pays.

278. Vingt-cinq personnes de nationalité différente, la plupart originaires de pays en développement, ont pu participer à la session¹⁰⁷⁴. Les participants au Séminaire ont assisté aux séances plénières de la Commission et à des conférences spécialement organisées à leur intention, et ont participé à des groupes de travail sur des sujets spécifiques.

279. Le Séminaire a été ouvert par le Président de la Commission, M. Guillaume Pambou-Tchivounda. M. Ulrich von Blumenthal, Conseiller juridique principal à l'Office des Nations Unies à Genève (ONUG), était chargé de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire, et il était assisté de M. Vittorio Mainetti, consultant juridique à l'ONUG.

¹⁰⁷⁴ Ont participé à la quarante-deuxième session du Séminaire de droit international: M. Andy Aron (Indonésie), M^{me} Shakira Maria Bedoya-Sanchez (Pérou), M. Kemoko Diakité (Sénégal), M^{me} Sasha Franklin (Trinité-et-Tobago), M^{me} Sandra Garcia-Loredo (Mexique), M^{me} Syuzanna Gevorgyan (Arménie), M. Henok Teferra (Éthiopie), M. Tamás Hoffmann (Hongrie), M. Dan Oduor Juma (Kenya), M^{me} Tomdwsam Kadjika (Togo), M. Andrey Kalinin (Russie), M^{me} Chie Kojima (Japon), M^{me} Sanaa Kourkmedi (Maroc), M. Emad Masalmeh (Jordanie), M^{me} Godelive Mbomakonga (Congo), M. Malefetsane Seth Moseme (Lesotho), M^{me} Iлона Nieminen (Finlande), M. Vasileios Pergantis (Grèce), M. Dahai Qi (Chine), M. Yannick Radi (France), M. Emanuele Rebasti (Italie), M. Gustavo Ribeiro (Brésil), M^{me} Myrtille Rochette (Haïti), M. Visal Som (Cambodge) et M^{me} Cassandra Steer (Australie). Le Comité de sélection, présidé par M. Jean-Marie Dufour (Président de Réseau universitaire international de Genève (RUIG)), s'est réuni le 9 mai 2006 et, après avoir examiné 150 demandes de participation au Séminaire, a retenu 26 candidats. À la toute dernière minute, le vingt-sixième candidat retenu s'est désisté.

280. Les conférences suivantes ont été données par des membres de la Commission: M. Giorgio Gaja, «*Responsabilité des organisations internationales*»; M. Pemmaraju S. Rao, «*Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*»; M. Chusei Yamada, «*Ressources naturelles partagées: le droit des aquifères transfrontières*»; M. Zdzislaw Galicki, «*Aut dedere aut judicare*»; M. Ian Brownlie, «*L'activité de la Cour internationale de Justice*»; M. John Dugard, «*La protection diplomatique*»; M. Djamchid Momtaz, «*L'affaire du Darfour devant la Cour pénale internationale*»; et M. Martti Koskenniemi, «*La fragmentation du droit international*».

281. Des conférences ont aussi été données par M. Vittorio Mainetti, assistant du Directeur du Séminaire de droit international («*Présentation des travaux de la Commission du droit international*»), M^{me} Maria Isabel Torres-Cazorla, professeur de droit international à l'Université de Malaga («*Actes unilatéraux des États*»), M. Bertrand Ramcharan, ancien Haut-Commissaire adjoint et Haut-Commissaire par intérim aux droits de l'homme («*Le nouveau Conseil des droits de l'homme*»), M^{me} Jelena Pejic, Conseillère juridique du Comité international de la Croix-Rouge («*Défis auxquels le droit international humanitaire doit faire face actuellement*»), et M^{me} Brigitte Stern, juge au Tribunal administratif des Nations Unies («*L'activité du Tribunal administratif des Nations Unies*»). Une réunion a aussi été organisée avec M. Nicolas Michel, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, qui s'est adressé aux participants au Séminaire pour leur parler des activités du Bureau des affaires juridiques.

282. Les participants au Séminaire ont été invités à visiter l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN). La discussion a porté sur les questions juridiques concernant le CERN. Une matinée a aussi été consacrée à une visite de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) à l'invitation de M. Georges Abi-Saab, Président de l'Organe d'appel de l'OMC, et de M. Werner Zdouc, Directeur du secrétariat de l'Organe d'appel de l'OMC. Les discussions ont porté sur le système de règlement des différends de l'OMC et la jurisprudence de l'Organe d'appel.

283. De plus, une conférence-débat a été organisée au Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), en présence de M. Helmut Buss, chef de la Section des affaires juridiques, et de M. Stevenson Wolfson, juriste hors classe à la Section de la politique de protection et des conseils juridiques. Les discussions ont porté sur la structure et le mandat du HCR et sur le droit des réfugiés.

284. Les participants au Séminaire ont également rendu visite au Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, au Palais Wilson. Après un exposé de M. Markus Schmidt (HCDH) sur les activités du Comité des droits de l'homme, ils ont assisté à la présentation au Comité du rapport de la MINUK.

285. Chacun des participants au Séminaire a été affecté à l'un des trois groupes de travail constitués sur les sujets «Fragmentation du droit international», «Actes unilatéraux des États» et «Protection diplomatique». Le Président du Groupe d'étude et les Rapporteurs spéciaux de la CDI pour ces sujets, M. Martti Koskenniemi, M. Victor Rodriguez-Cedeño et M. John Dugard, ont donné des conseils aux groupes de travail. De plus, deux anciennes participantes au Séminaire, M^{me} Maria Isabel Torres-Cazorla, de l'Université de Malaga, et M^{me} Annemarieke Künzli, de l'Université de Leiden, ont contribué à l'organisation et à la coordination des groupes de travail. Ceux-ci ont présenté leurs conclusions au Séminaire. Chaque participant au Séminaire a par ailleurs été invité à soumettre un rapport écrit sommaire sur une des conférences données. Une compilation de ces rapports a été distribuée à tous les participants.

286. La République et canton de Genève a offert son hospitalité traditionnelle aux participants, avec une visite guidée de la salle de l'Alabama à l'hôtel de ville, suivie d'une réception.

287. M. Guillaume Pambou-Tchivounda, Président de la Commission, M. Ulrich von Blumenthal, Directeur du Séminaire, et M^{me} Cassandra Steer, au nom des participants, ont pris la parole devant la Commission et les participants à la fin du Séminaire. Chaque participant s'est vu remettre un certificat attestant sa participation à la quarante-deuxième session du Séminaire.

288. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que les Gouvernements de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Chine, de Chypre, de la Finlande, de l'Irlande, de la Norvège, de la République tchèque, de la Suède et de la Suisse avaient versé ou promis de verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. La situation financière du Fonds a permis d'accorder un nombre suffisant de bourses à des candidats méritants originaires de pays en développement pour parvenir à une répartition géographique appropriée des participants. Cette année, des bourses intégrales

(couvrant à la fois les frais de voyage et les frais de subsistance) ont été octroyées à 18 candidats et une bourse partielle (ne couvrant que les frais de subsistance) à un candidat.

289. Sur les 952 participants représentant 157 nationalités qui ont pris part au Séminaire depuis 1965, date de sa création, 576 ont bénéficié d'une bourse.

290. La Commission souligne l'importance qu'elle attache au Séminaire, qui donne à de jeunes juristes, notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et les activités de nombreuses organisations internationales qui ont leur siège à Genève. La Commission recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux États pour qu'ils versent des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de 2007 la plus large participation possible.

291. La Commission a noté avec satisfaction qu'en 2006 un service d'interprétation intégral avait été mis à la disposition du Séminaire. Elle exprime l'espoir que le Séminaire bénéficiera du même service à sa prochaine session, dans les limites des ressources existantes.

Annexes

Annexe A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Annexe B. Immunité juridictionnelle des organisations internationales

Annexe C. Protection des personnes en cas de catastrophe

Annexe D. Protection des données personnelles dans la circulation transfrontière de l'information

Annexe E. La compétence extraterritoriale

Annexe A

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (M. Roman A. Kolodkin)

A. Une question d'actualité

1. La question de l'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État suscite une attention accrue depuis quelques années, dans une large mesure en raison de l'extension de la notion de protection des droits de l'homme, d'une tendance à ne plus tolérer les violations flagrantes des droits de l'homme et des efforts faits pour lutter contre le terrorisme, la criminalité transnationale, la corruption et le blanchiment de capitaux. La société ne veut plus tolérer l'impunité de ceux qui commettent ces crimes, quelle que soit leur position officielle dans l'appareil d'État. Cela étant, il ne fait guère de doute que l'immunité des représentants de l'État est indispensable au maintien de la stabilité des relations entre États.

2. L'examen du cas de l'ancien dictateur chilien, le général A. Pinochet, par la justice britannique a sensiblement relancé le débat universitaire et public ainsi que la pratique des États dans ce domaine, notamment sur le plan de la jurisprudence interne¹. Entre 1998 et 2001, on a tenté par plus de 20 fois d'engager une action pénale devant les tribunaux internes contre de hauts représentants d'États étrangers². Plus précisément, on a tenté d'engager des poursuites contre M. L. - D. Kabila, Président de la République démocratique du Congo en Belgique et en France en 1998, contre M. A. Sharon, Premier Ministre israélien, en Belgique en 2001-2002 et contre M. Al-Qadhafi, Président de la Lybie, M. D. Sassou Nguesso, Président de la République du Congo et le dirigeant F. Castro en 2000-2001 en France et M. H. Habré, ancien Président du Tchad, au Sénégal en 2001³.

¹ Haute Cour de justice du Royaume-Uni, Queen's Bench Division (Divisional Court): *In Re Augusto Pinochet Ugarte*, 38 *I.L.M.*, 68 (1999), p. 68 à 90; Chambre des Lords du Royaume-Uni: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis, Ex parte Pinochet*, 37 *I.L.M.*, 1302 (1998), p. 1302 à 1339; Chambre des Lords du Royaume-Uni: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex parte Pinochet*, 38 *I.L.M.*, 581 (1999), p. 581 à 663.

² Pour des exemples voir, par exemple: Borghi A., *L'immunité des dirigeants politiques en droit international* (Genève: Helbing & Lichtenhahn, 2003), p. 361 à 369.

³ «Plusieurs affaires qui ont défrayé la chronique à la fin des années 90 ont posé la question des limites de l'immunité de juridiction dont disposaient les chefs d'État ou anciens chefs d'État» P. Dailler et A. Pellet, *Droit international public, Nguyen Quoc Dinh* (7^e éd., Paris, 2002), p. 453.

3. En 2002, la Cour internationale de Justice a rendu un arrêt dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*⁴. Cet arrêt contient un exposé précieux de l'état du droit international dans ce domaine.

4. La Cour internationale de Justice est actuellement saisie d'une affaire concernant *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, qui soulève également la question de l'immunité de la juridiction pénale étrangère des hauts représentants de l'État. En 2003, la Cour a rendu une ordonnance sur les mesures conservatoires qui intéressent la question à l'examen⁵.

5. Suite à l'arrêt susmentionné de la Cour internationale de Justice, des tribunaux nationaux ont adopté un certain nombre de décisions qui intéressent également l'examen du sujet. Par exemple, en 2004, des cours d'appel des États-Unis ont adopté des décisions finales dans des affaires mettant en cause M. R. Mugabe, Président du Zimbabwe et l'ancien dirigeant chinois J. Zemin⁶. Bien que ces deux arrêts concernent l'immunité de la juridiction civile, ils sont également intéressants s'agissant de l'immunité de la juridiction pénale.

6. Il faut souligner que la position de divers organes d'État, y compris ceux qui représentent l'exécutif, sur la question à l'examen du point de vue du droit international a été exprimée en plusieurs occasions récentes tant durant l'examen des affaires citées ci-dessus qu'en dehors de toute procédure judiciaire⁷.

⁴ Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, www.icj-cij.org.

⁵ Cour internationale de Justice, *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, ordonnance du 17 juin 2003 – *demande en indication de mesure conservatoire*, www.icj-cij.org.

⁶ *Tachiona v. United States*, 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879 (2nd Cir. Oct. 6, 2004) (Tachiona II); *Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944 (7th Cir. Sept. 8, 2004). Pour des commentaires sur ces affaires, voir, par exemple, Andrews S., "U.S. Courts Rule on Absolute Immunity and Inviolability of Foreign Heads of State: The Cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin", *ASIL Insight*, www.asil.org/insights/2004/11/insight041122.html.

⁷ Par exemple, en 2005, s'agissant d'une visite que M^{me} Y. Timoshenko, Premier Ministre d'Ukraine, prévoyait de faire en Russie alors qu'une action pénale avait été engagée contre elle en Russie bien avant sa nomination, la position officielle sur la question de son immunité de la juridiction pénale en Fédération de Russie a été exposée publiquement par le Procureur général de la Fédération de Russie. Ce magistrat a en particulier fait observer que M^{me} Y. Timoshenko, Premier Ministre d'Ukraine, n'aurait aucun problème si elle souhaitait venir en Russie, puisque les hauts dirigeants de l'État – dont les chefs de gouvernement – jouissent de l'immunité. Dans le même temps, il a ajouté que l'action pénale engagée contre Y. Timoshenko serait prorogée. Ce n'est que le 26 décembre 2006 que le Procureur militaire principal de Russie a annoncé qu'il avait été mis fin aux poursuites

7. La question de l'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provoque très souvent une vive réaction dans le public lorsqu'il est question d'accuser de telles personnes de violations flagrantes des droits de l'homme (par exemple acte de torture ou génocide) et du droit international humanitaire. Certains États ont récemment essayé d'exercer une compétence universelle pour ce qui est de tels crimes. La question se pose non seulement s'agissant de l'exercice de la compétence universelle en ce qui concerne les crimes internationaux (ou crimes au regard du droit international) mais aussi de l'exercice d'autres types de compétence. Ceci arrive, par exemple, lorsqu'un État tente de poursuivre, en vertu de son droit pénal, des agents ou anciens agents d'un autre État suspectés d'infractions qui ne sont pas liées à des violations massives et flagrantes des droits de l'homme mais n'en sont pas moins dirigées contre l'État exerçant sa juridiction ou contre ses nationaux.

8. À l'origine, bien avant que la question des droits de l'homme ne soit d'actualité, le problème de l'immunité de l'État, de ses représentants et de ses biens est né du conflit entre, d'une part, les droits que l'État tire du principe de l'égalité souveraine des États et, d'autre part, des droits de l'État sur le territoire duquel ces représentants ou biens se trouvent, découlant du principe de la plénitude de juridiction territoriale de ce dernier. Il semble que ce conflit de droits et de principes demeure important aujourd'hui. De fait, il est évident qu'il apparaît aujourd'hui dans de nouvelles nuances en raison du développement de la compétence pénale universelle et d'autres types de compétence pénale interne, y compris la compétence territoriale, dans le cadre des efforts menés pour lutter contre les violations flagrantes des droits de l'homme, le terrorisme, la criminalité transnationale, le blanchiment de capitaux, etc., sur fond de mondialisation.

9. Néanmoins, malgré cette relation, les problèmes d'immunité et de juridiction ont un caractère autonome et sont régis par différentes normes juridiques. Comme l'a fait observer la Cour internationale de Justice dans l'arrêt susmentionné, «les règles gouvernant la compétence des tribunaux nationaux et celles régissant les immunités juridictionnelles doivent être soigneusement distinguées: la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence. C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence

pénales engagées contre l'ancien Premier Ministre d'Ukraine en raison de l'expiration du délai de prescription (http://genproc.gov.ru/ru/news/news_current_print.shtml?2005/12/2962_print.html).

juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier...»⁸. Dans l'une des récentes publications sur le sujet, il a été également noté, avec juste raison, que «face à une violation du droit international, un tribunal [devait] en premier lieu distinguer entre les immunités juridictionnelles et les règles gouvernant la compétence pénale des tribunaux nationaux.»⁹. L'immunité est un obstacle à la compétence¹⁰ et, en tant que telle, elle mérite d'être analysée séparément.

10. La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des hauts représentants de l'État a été examinée par l'Institut de droit international à la fin du siècle dernier. Il a adopté une résolution contenant 16 articles¹¹ qui, avec les travaux préparatoires correspondants, est une source doctrinale importante pour établir le contenu du droit international dans ce domaine.

11. En 2004, par sa résolution 59/38, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens¹². Aux sous-alinéas *i* et *iv* de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention, le terme «État» désigne l'État et ses divers organes de gouvernement ainsi que les représentants de l'État agissant à ce titre. Dans le même temps, le paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention indique que cette dernière n'affecte pas les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État. Ce que ceci signifie, s'agissant de l'immunité *ratione personae* d'autres représentants de l'État et, en particulier, de hauts représentants comme les chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, n'est pas totalement clair¹³.

⁸ Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, par. 59.

⁹ Bankas E.K., *The State Immunity Controversy in International Law*, Springer (Berlin-Heidelberg: Springer, 2005, p. 296.

¹⁰ Selon ce qui a été affirmé au projet d'article 2 du projet de déclaration des droits et des devoirs des États: «Tout État a le droit d'exercer sa juridiction sur son territoire ainsi que sur toutes les personnes et choses qui s'y trouvent, sous réserve des immunités consacrées par le droit international.». *La Commission du droit international et son œuvre* (6^e éd., vol. I, Nations Unies, New York, 2004), p. 265 et 266.

¹¹ Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 69, 2000-2001, session de Vancouver (Paris: Pédone, 2001), p. 442 à 709.

¹² Résolution 59/38 du 16 décembre 2004.

¹³ Le commentaire de la Commission du droit international sur ce point indique ce qui suit: «Le paragraphe 2 a pour but de faire entrer dans le projet d'articles une référence expresse aux immunités que le droit international en vigueur accorde *ratione personae* aux souverains étrangers et autres chefs d'État agissant à titre personnel. Quant aux immunités des États qui sont reconnues aux souverains ou autres chefs d'État agissant en qualité d'organes ou de représentants de l'État, elles font l'objet de l'article 2, dont les sous-alinéas b, i et v [dans la Convention il s'agit

Néanmoins, quoi qu'il en soit, au paragraphe 2 de la résolution susmentionnée, l'Assemblée générale déclare qu'elle partage la conclusion générale à laquelle le Comité spécial est parvenu, à savoir que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ne couvre pas les poursuites pénales¹⁴. Le Président du Comité spécial, lorsqu'il a présenté son rapport à l'Assemblée générale à sa cinquante-neuvième session, a fait observer que la Convention ne s'appliquait pas lorsqu'il y avait un régime d'immunité spécial, notamment pour les immunités *ratione personae (lex specialis)*¹⁵.

12. Les statuts des tribunaux pénaux internationaux ad hoc (Nuremberg, Tokyo, Yougoslavie, Rwanda) et le Statut de la Cour pénale internationale contiennent des dispositions qui privent les représentants de l'État, notamment les hauts représentants de l'État, de l'immunité de juridiction devant ces instances internationales¹⁶. Il s'agit toutefois en l'occurrence d'une question touchant la juridiction pénale internationale¹⁷.

13. En ce qui concerne l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, les dispositions correspondantes sur ce sujet de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, la Convention de 1969 sur les missions spéciales, la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions commises contre des personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, et la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales à caractère universel sont bien

du sous-alinéa iv – R.K.] du paragraphe 1 visent les divers organes de gouvernement d'un État et les représentants de l'État, y compris les chefs d'État... La réserve énoncée au paragraphe 2 de l'article 3 porte donc exclusivement sur les actes accomplis à titre privé, ou sur les immunités et privilèges de caractère personnel qui sont reconnus et accordés dans la pratique, et dont le statut n'est en rien affecté par les présents articles. Les dispositions du droit coutumier en vigueur sont ainsi préservées.». *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément n° 10 (A/46/10)*, p. 35 et 36.

¹⁴ La recommandation sur ce sujet figure au paragraphe 14 du rapport du Comité spécial. *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 22 (A/59/22)*.

¹⁵ *Ibid.*, cinquante-neuvième session, Sixième Commission, 13^e séance (A/C.6/59/SR.13).

¹⁶ Art. 7 du Statut du Tribunal militaire international, art. 6 du Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, art. 7, par. 2, du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 6, par. 2, du Statut du Tribunal international pour le Rwanda et art. 27 du Statut de Rome.

¹⁷ Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice semble distinguer clairement, pour ce qui est de l'immunité des hauts responsables de l'État, entre la juridiction pénale internationale d'une part, et la juridiction pénale interne de l'autre. Voir Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, par. 56 à 58.

connues. Néanmoins, les instruments en question ne concernent que certains aspects spécifiques de la question à l'examen. La principale source de droit international en la matière est la coutume internationale.

B. Le sujet de l'immunité des représentants de l'État dans les travaux de la Commission du droit international

14. La Commission s'est penchée sur ce sujet plus d'une fois sous une forme ou sous une autre. Elle l'a fait à l'occasion de ses travaux sur le projet de déclaration des droits et des devoirs des États¹⁸, les Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg¹⁹, le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1954)²⁰, le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996)²¹, le projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques²² et consulaires²³, le projet d'articles sur les missions spéciales²⁴, le projet d'articles sur les relations entre les États et les organisations internationales²⁵, le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes commis contre les agents diplomatiques et autres personnes jouissant d'une protection internationale²⁶ et, comme on l'a déjà dit, le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens²⁷.

¹⁸ Voir en particulier le projet d'article 2 et le commentaire y relatif. *Annuaire ... 1949*, p. 287.

¹⁹ Voir en particulier le projet de principe III et le commentaire y relatif. *Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 192.

²⁰ Voir en particulier le projet d'article 3 et le commentaire y relatif. *Annuaire ... 1954*, vol. II, p. 119 et 120.

²¹ Voir en particulier le projet d'article 7 et le commentaire y relatif. *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 27 et 28.

²² *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 92 à 109.

²³ *Annuaire ... 1961*, vol. II, p. 92 à 133.

²⁴ Voir en particulier le projet d'article 21 et le commentaire y relatif. *Annuaire ... 1967*, vol. II, p. 395 et 396.

²⁵ *Annuaire... 1971*, vol. I, p. 297 et suiv.; *Annuaire ... 1971*, vol. II, p. 105 à 115.

²⁶ *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 336 à 351.

²⁷ Voir *supra*, note 10.

15. Dans le même temps, la Commission du droit international n'a jamais examiné la question de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère séparément d'une manière approfondie²⁸.

C. La Commission du droit international devrait-elle examiner la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État?

16. Il semble que la pratique des États ainsi que la jurisprudence des tribunaux internes, les conventions susmentionnées, l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* et les travaux menés jusqu'ici par la Commission attestent qu'il existe un droit international coutumier en la matière. Bien qu'il y ait diverses opinions sur le sujet, cette conclusion est à notre avis confirmée par la doctrine²⁹.

17. À n'en pas douter, il importe que les représentants de l'État et en premier lieu les hauts dirigeants qui ont commis des infractions, en particulier des violations massives et flagrantes des droits de l'homme ou du droit international humanitaire, voient leur responsabilité, y compris pénale, engagée. Il est important que lorsque les droits de ses nationaux ont été violés par des actes criminels, l'État puisse exercer sa compétence pénale à l'égard de ceux qu'il soupçonne d'avoir commis lesdits actes. Toutefois, il est aussi extrêmement important que les relations interétatiques, fondées sur des principes généralement reconnus du droit international et en particulier le principe de l'égalité souveraine des États, soient stables et prévisibles et, par suite, que les représentants agissant au nom de leur État soient indépendants vis-à-vis des autres États.

18. La Commission du droit international pourrait contribuer à garantir l'équilibre voulu entre ces deux notions, dans le cadre de la codification et du développement progressif du droit international, si elle examinait la question de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État et exposait sa vision du contenu du droit international dans ce domaine.

²⁸ Il a été proposé à un certain stade de faire figurer dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens une disposition sur l'immunité pénale des souverains ou chefs d'État. Voir en particulier le projet d'article 25 dans le septième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet, Sompong Sucharitkul. *Annuaire ... 1985*, vol. II (première partie), p. 44 et 45.

²⁹ Une brève bibliographie sur le sujet est jointe.

D. Portée de l'examen du sujet proposé

19. Il conviendrait que, lorsqu'elle étudie ce sujet, la Commission examine tout particulièrement les questions ci-après.

1) L'étude ne doit porter que sur l'immunité de la juridiction interne. Le régime juridique de cette institution, comme on l'a vu ci-dessus, est distinct du régime juridique de l'immunité de la juridiction internationale.

Il est proposé de limiter l'analyse aux questions d'immunité de la juridiction pénale. (Dans le même temps, on pourrait penser à ajouter des questions concernant l'immunité *ratione personae* de la juridiction civile et administrative étrangère aux questions concernant l'immunité de la juridiction pénale étrangère comme, par exemple, dans les projets d'articles susmentionnés de l'Institut de droit international.)

Bien entendu, l'accent doit être mis sur l'immunité de la juridiction étrangère (il est notoire que les systèmes juridiques internes accordent l'immunité de juridiction à certains représentants de l'État) et l'immunité en droit international et non en droit interne.

2) Il sera peut-être d'abord nécessaire d'étudier la notion d'immunité (*ratione materiae* et *ratione personae*) et celle de compétence pénale (notamment les principes sur lesquels elle repose) aux fins du sujet, et leur relation. Selon une opinion, la question de la compétence doit être étudiée avant celle de l'immunité, notamment parce qu'il n'y a immunité de juridiction que lorsque l'État a la juridiction voulue³⁰.

Il importe que la Commission se prononce sur la nature de l'immunité – procédurale ou substantielle – et aussi, peut-être, sur le point de savoir si elle est impérative. L'étude de ce dernier point peut être utile dans le cadre de l'examen des relations entre l'immunité et les règles interdisant la torture, le génocide, etc., qui font partie du *jus cogens*³¹.

³⁰ Voir en particulier: Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, opinion individuelle de M^{me} Higgins, MM. Kooijmans et Burgenthal, par. 3 à 5.

³¹ Sur ces relations, voir, par exemple: Arrêt sur le fond rendu par la Grande Chambre, *Al-Adsani v. The United Kingdom [GC]*, n° 35763/97, C.E.D.H. 2001-XI, par. 57 à 67; *ibid.*, opinion dissidente commune de MM. Rozakis et Caflish, appuyée par les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic.

Il faudrait examiner la question des relations entre l'immunité juridictionnelle et d'autres doctrines juridiques ayant des conséquences comparables, comme celles de l'«acte de gouvernement» et de la «non-justiciabilité»³².

Il est aussi souhaitable de se pencher sur les relations entre l'immunité des représentants de l'État et de l'État lui-même et l'immunité diplomatique.

Il est de même nécessaire d'analyser les relations entre les notions d'«immunité juridictionnelle», d'«inviolabilité», d'«immunité de procédure» et d'«immunité des mesures d'exécution».

Il serait important que le résultat final des travaux de la Commission sur le sujet (quelle que soit sa forme) contienne des dispositions relatives aux différences entre l'institution de l'immunité de juridiction des représentants de l'État d'une part et l'institution de la responsabilité pénale de l'autre. Immunité ne signifie pas impunité³³!

3) Il importe, au début de l'étude, d'examiner la question des fondements rationnels de l'immunité des représentants de l'État. Par exemple, découle-t-elle seulement d'une nécessité fonctionnelle, c'est-à-dire est-elle exclusivement liée aux fonctions exercées par les représentants de l'État? Ou l'élément important est-il aussi, outre l'élément fonctionnel, le fait par exemple que l'intéressé agit au nom d'un État souverain qui participe aux relations internationales sur un pied d'égalité avec les autres États, pour préserver la stabilité à laquelle tous les États ont intérêt? L'immunité des représentants de l'État est-elle une manifestation des droits de l'État qui découlent de sa souveraineté? Ou cette immunité de juridiction pénale tient-elle à ce que l'État compétent consent à ne pas exercer sa juridiction pour satisfaire aux nécessités reconnues de la courtoisie internationale³⁴? Le fondement de l'immunité des représentants de l'État peut-il être

³² «Il importe toutefois de se souvenir que l'immunité de l'État peut apparaître comme une doctrine d'irrecevabilité ou de non-justiciabilité plutôt qu'une immunité au sens strict.». Brownlie I., *Principles of Public International Law*, 5^e éd. (Oxford University Press, N.Y., 1998), p. 326; voir également, par exemple: Bianchi A., *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, *EJIL* (1999), vol. 10, n^o 2, p. 266 à 270.

³³ Voir, sur ce sujet: Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, par. 60.

³⁴ L. Caplan, par exemple, considère que c'est la «courtoisie pratique» de l'État territorialement compétent qui est le fondement de l'immunité de l'État. Caplan L. M., *State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, 97 (4), octobre 2003, *AJIL*, vol. 97, p. 745 à 757.

le même que celui de l'immunité de l'État lui-même³⁵? La logique régissant l'examen du sujet dépendra dans une large mesure de la conception qui sous-tend l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État.

4) Il est nécessaire d'indiquer quels représentants de l'État jouissent de cette immunité. Dans son arrêt dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice vise l'immunité des ministres des affaires étrangères et des chefs d'État et de gouvernement, et ces personnes sont citées en exemple de hauts représentants de l'État qui jouissent de l'immunité de juridiction³⁶. Le projet d'articles de l'Institut de droit international ne vise que les chefs d'État ou de gouvernement.

La Commission peut essayer d'examiner les questions qui se posent en ce qui concerne l'immunité des hauts représentants de l'État, notamment des chefs d'État et de gouvernement et des ministres des affaires étrangères (elle doit toutefois être consciente des difficultés qu'il y a à définir avec précision qui sont les hauts représentants de l'État). Une autre solution consiste à examiner la question de l'immunité non seulement des hauts représentants de l'État mais de tous les représentants de l'État.

Il serait néanmoins préférable que dans un premier temps la Commission limite son étude aux chefs d'État et de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Au moins, en ce qui concerne ce groupe, la pratique des États (notamment judiciaire) et la doctrine sont suffisantes.

Il faut examiner la question de l'immunité des représentants de l'État en exercice et des ex-représentants de l'État.

De plus, la question de l'immunité des membres des familles de ces représentants de l'État mériterait d'être examinée.

³⁵ En ce qui concerne les fondements de l'immunité, y compris celle des représentants de l'État, dans la pratique de la Cour internationale de Justice, voir, par exemple: Vereschetin, V. S. & Le Mon, C. J., Immunities of Individuals under International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice, dans *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence* (2004, vol. I, p. 77 à 89, Oceana Publ., N.Y.).

³⁶ «... il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales.». Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, par. 51.

5) Il semble approprié d'analyser la pertinence dans le cadre du sujet de la question de la reconnaissance des États et des gouvernements étrangers et de leurs chefs. Par exemple, dans le cas de M. A. Noriega, une cour d'appel des États-Unis a fait observer que «le tribunal de district a rejeté la revendication par Noriega de l'immunité d'un chef d'État parce que le Gouvernement des États-Unis n'a jamais reconnu Noriega comme le dirigeant légitime et constitutionnel du Panama»³⁷.

6) La question centrale est celle de la portée ou des limites de l'immunité de la juridiction pénale des représentants de l'État. Un certain nombre de questions se posent.

Premièrement, la période durant laquelle une personne jouit de l'immunité (la période pendant laquelle elle occupe le poste correspondant; une certaine période après qu'elle a quitté ce poste).

Deuxièmement, les actes du représentant de l'État qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale. Les actes accomplis à titre officiel, les actes accomplis à titre privé. Les critères pour distinguer les uns des autres. Les actes accomplis avant d'occuper un poste, pendant la durée des fonctions et après avoir quitté ce poste. Il faut aussi se demander si les actes pénalement réprimés, en particulièrement les crimes internationaux, peuvent être considérés comme ayant été commis *ès qualités*³⁸.

Troisièmement, la solution de la question de l'immunité de juridiction pénale d'un représentant de l'État est-elle différente selon que l'infraction a été commise sur le territoire de l'État exerçant sa juridiction ou hors de ce territoire? Ou selon qu'au moment de l'exercice de la juridiction pénale étrangère, son auteur se trouve sur le territoire de l'État exerçant sa juridiction ou hors de ce territoire?

Quatrièmement, l'immunité dépend-elle de la nature de la présence du représentant de l'État sur le territoire de l'État étranger exerçant sa juridiction (visite officielle, visite privée, exil, etc.)?

³⁷ *United States v. Noriega*, 117 F.3d 1206; 1997 U.S. App. LEXIS16493; 47 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 786; 11 Fla. L. Weekly Fed. C 103.

³⁸ Voir, par exemple: Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, opinion individuelle de M^{me} Higgins, MM. Kooijmans et Burgenthal, par. 85.

Cinquièmement, l'immunité de la juridiction pénale étrangère signifie-t-elle qu'un État étranger ne peut engager aucune procédure pénale à l'encontre de la personne concernée, ou cette immunité exclut-elle seulement certaines procédures pénales (plus précisément, les seuls actes de procédure qui affectent directement la personne jouissant de l'immunité et limitent sa capacité d'exercer ses fonctions officielles)? Par exemple, si l'on en juge par l'ordonnance rendue dans l'affaire de *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, la Cour internationale de Justice ne considère pas que l'immunité d'un chef d'État fasse obstacle à l'engagement de procédures pénales par un État étranger³⁹.

Sixièmement, l'immunité dépend-elle de la gravité du crime dont le représentant de l'État est soupçonné? Cette question, manifestement cruciale, peut être aussi considérée comme celle des exceptions à l'immunité.

L'idée qu'il n'y a pas d'immunité, y compris pour les représentants de l'État en exercice, dans le cas des crimes les plus graves au regard du droit international a été formulée, par exemple, à la Chambre des Lords de Grande-Bretagne à l'occasion de l'examen de l'affaire *Pinochet* et, de manière extrêmement détaillée, dans le mémoire présenté par la Belgique à la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*⁴⁰. Certains considèrent même qu'il existe un principe qui veut qu'il n'y ait pas d'immunité de juridiction pénale pour les crimes internationaux⁴¹.

Toutefois, pour la Cour internationale de Justice, l'immunité est un obstacle à l'exercice de la juridiction pénale à l'égard d'un haut représentant en exercice, quelle que soit la gravité

³⁹ Quoiqu'il en soit, la Cour n'a pas considéré que les procédures pénales concernant des dirigeants congolais engagées en France et auxquelles le Congo exigeait qu'il soit mis fin violaient les droits découlant pour le Congo de l'immunité des intéressés. C'est pourquoi elle n'a pas jugé nécessaire d'interrompre ces procédures. Cour internationale de Justice, *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, ordonnance du 17 juin 2003 – demande en indication de mesure conservatoire, par. 30 à 35.

⁴⁰ Chambre des Lords du Royaume-Uni: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex parte Pinochet, I.L.M.*, vol. 37 (1998), voir par exemple, Lord Millet, p. 651, Lord Phillips of Worth Matravers, p. 661; Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Contre-mémoire du Royaume de Belgique – 28 septembre 2001, www.icj-cij.org, par. 3.5.10 à 3.5.150. Voir aussi, par exemple: Watts A., «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des Cours...*, vol. 247 (1994-III), p. 82 à 84 (il ne faut toutefois pas oublier que cette partie de l'exposé de Sir Arthur Watts est consacrée à la responsabilité internationale du chef de l'État); Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, opinion dissidente de M. Al-Khasawneh, par. 5 à 7.

⁴¹ Borghi A., L'immunité des dirigeants politiques..., *supra*, note 2, p. 287 à 333.

du crime dont il est soupçonné⁴². Cette opinion est également reflétée dans les projets d'articles établis par l'Institut de droit international en ce qui concerne les chefs d'État et de gouvernement en exercice⁴³.

On notera que les questions touchant la portée ou les limites de l'immunité doivent être examinées séparément en ce qui concerne les représentants de l'État en exercice et les ex-représentants de l'État.

7) S'il est décidé que l'immunité d'un représentant de l'État n'inclut pas l'inviolabilité de ce représentant, son immunité de procédure ni son immunité des mesures d'exécution, la question se pose de savoir si ces questions doivent également être examinées dans le cadre de l'étude du sujet. Il serait possible d'examiner la question de l'immunité de procédure et de l'immunité des mesures d'exécution dont bénéficient les biens d'un représentant de l'État situés sur le territoire d'un État étranger exerçant sa juridiction pénale.

8) Il sera nécessaire d'examiner la question de la renonciation à l'immunité. Il est évident que ce n'est pas le représentant de l'État mais l'État qui a le droit de renoncer à son immunité. La question est de savoir quel organe de l'État (quel droit doit-on appliquer pour le déterminer – le droit interne ou le droit international?) et comment l'État a le droit de renoncer à l'immunité de son représentant (renonciation clairement exprimée, renonciation tacite, renonciation ad hoc, renonciation de caractère général, par exemple dans un traité international).

9) Il est nécessaire de se demander quelle forme prendra le résultat final des travaux de la Commission sur le sujet proposé.

Si la Commission décide d'établir des projets d'articles, il faudrait qu'elle se demande s'il convient d'y faire figurer des dispositions sur les deux questions suivantes.

10) *Lex specialis*. Les éventuels projets d'articles devraient contenir une disposition définissant leur relation avec les régimes conventionnels spéciaux qui régissent la question de manière différente.

⁴² Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, par. 56 à 61.

⁴³ Institut de droit international, *supra*, note 11. Voir en particulier l'article 2 de la résolution adoptée par l'Institut.

11) Règlement des différends. La Commission pourra juger souhaitable de créer un régime spécial pour le règlement des différends entre États en ce qui concerne l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État.

Selected bibliography

- Akande, D., "International law immunities and the International Criminal Court", *AJIL*, vol. 98 (2004), pp. 407-433.
- Ambos, K., "Impunity and International Criminal Law", *HRLJ*, vol. 18 (1997), pp. 1-15.
- Ascensio, H., E. Decaux and A. Pellet (sous la direction de), *Droit international public* (Paris: Pédone, 2000), pp. 26-27, 84-87, 183-237.
- Barker, J. C., "State immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection Against Legal Action?", *ICLQ*, vol. 47 (1998), pp. 950-958.
- Baker, B., "Twilight of Impunity for Africa's Presidential Criminals", *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), pp. 1487-1499.
- Bankas K. E., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts* (Heidelberg/Berlin: Springer, 2005).
- Bass, P.E., "Note: Ex-Head of State Immunity: A Proposed Statutory Tool of Foreign Policy", *Yale Law Journal*, vol. 97 (1987), pp. 299-319.
- Bassiouni, Ch., *Introduction to International Criminal Law* (Ardsley, New York: Transnational Publ. Inc, 2003), pp. 64-89, 712-715.
- Bianchi, A., "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *EJIL*, vol. 10 (1999), pp. 237-277.
- Bianchi, A., "Serious Violations of Human rights and Foreign' States Accountability Before Municipal Courts", in *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003), pp. 149-181.
- Boister, N. & Burchill R., "The Implications of the Pinochet Decisions for the Extradition or Prosecution of Former South African Heads of State for Crimes Committed Under Apartheid", *Revue Africaine de droit international et compare/African Journal of International and Comparative Law*, vol. 11 (1999), pp. 619-637.
- Bojic M., "Immunity of High State Representatives with regard to International Crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still Untouchable?", Master thesis, Faculty of Law, University of Lund, 2005.
- Borghesi, A., *L'immunité des dirigeants politiques en droit international* (Geneva: Helbing & Lichtenhahn, 2003).
- Bouttruche, T., «L'affaire Pinochet ou l'internationalisation balbutiante de la justice», *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 6 (1999), pp. 77-103.
- Brohmer, J., *State Immunity and the Violation of Human Rights* (The Hague: Kluwer Law International, 1997), pp. 29-32.
- Bullier A.J., «Y a-t-il encore une immunité pour les chefs d'État et chefs de guerre en Afrique?», *Afrique contemporaine*, vol. 194 (2000), pp. 47-51.
- Caflich, L., «Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme», in Boisson de Chazournes L. & Gowlland-Debbas V. (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab* (La Haye/Londres/Boston : Kluwer, 2001), pp. 651-676.
- CAHDI, *Immunities of Heads of State and Government and Certain Categories of Senior Officials vis-à-vis the States' Obligations to Prosecute Perpetrators of International Crimes*, Report, 23rd meeting, 4-5 March 2002.
- Callan, E., "In re Mr. and Mrs. Doe: witnesses before the grand jury and the head of state immunity doctrine", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 22 (1989), pp. 117-139.

Caplan, L. M., "State Immunity, Human Rights, and *Jus cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", *AJIL* vol. 97 (2003), pp. 741-781.

Cara, Jean-Yves de, «L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords», *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), pp. 72-100.

Casey, L.A. and Rivkin, D.B., "The New York University - University of Virginia Conference on Exploring the Limits of International Law: The Limits of Legitimacy: The Rome Statute's Unlawful Application to Non-State Parties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 44 (2003-2004), pp. 63-89.

Cassese, A., "Immunities", in: *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2003), pp. 264-274.

Cassese, A. and M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux* (Paris: Presses Universitaires de France, 2002).

Cassese, A., «Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux? À propos de l'affaire *Congo c. Belgique* (C.I.J)», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3 (2002), pp. 479-500.

Chinkin, C.M. (ed.), "In Re Pinochet", *AJIL*, vol. 93 (1999), pp. 690-711.

Cosnard, M., «Les immunités du chef d'État» in *Le chef d'État et le droit international, Colloque de Clermon-Ferrand* (Paris: Pédone, 2002), pp. 189-268.

Cosnard, M., «Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lordes du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet», *RGDIP*, 1999-2, pp. 309-328.

Cot, J.-P., «Éloge de l'indécision, la Cour et la compétence universelle», *RBDI*, vol. XXXVII (2002), pp. 546-553.

Danilenko, G. M., "The Statute of the International Criminal Court and Third States", *Michigan Journal of International Law*, vol. 21 (2000), pp. 445-494.

Day, A., "Crimes against humanity as a Nexus of individual and state responsibility: why the ICJ got Belgium v. Congo wrong", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), pp. 489-512.

De Sena, P., "Immunity of State Organs and Defence of Superior Orders as an Obstacle to the Domestic Enforcement of International Human Rights", in: Conforti B. & Francioni F. (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (The Hague: Martinus Nijhoff Publ., 1997), pp. 367-381.

De Smet, L. and Naert, F., "Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law", *RBDI*, vol. XXXVII (2002), pp. 471-511.

De Smet, S., "The Immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice", *Nordic Journal of International Law*, vol. 72 (2003), pp. 313-339.

Defarges, Ph.M., «Punir les tyrans», *Défense nationale*, vol. 55 (1999), pp. 46-54.

Dellapenna, J.W., "Head-of-state immunity - Foreign Sovereign Immunities Act- suggestion by the Department of State", *AJIL*, vol. 88 (1994), pp. 528-532.

De Sena, Pasquale, "Italian practice relating to International Law. Judicial decisions", *Italian Yearbook of International Law*, vol. VIII (1988-1992), pp. 43-57.

Dominicé, Ch., «Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», *RGDIP*, 1999-2, pp. 297-302.

Du Plessis, M., "Immunities and Universal Jurisdiction - The World Court Steps In (or On?)", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), pp. 246-262.

- Dupuy, P.-M., «Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes», *RGDIP* (1999-2), pp. 289-295.
- Fenet, A., «La responsabilité pénale internationale du chef d'État», *Revue générale de droit*, vol. 32 (2002), pp. 585-615.
- Fitzgerald, A., «The Pinochet case: Head of State Immunity Within the United States», *Whittier Law Review*, vol. 22 (2001), pp. 987-1028.
- Flauss, J.-F., «Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, pp. 299-324.
- Fox, H., «The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State», *ICLQ*, vol. 48 (1999), pp. 207-216.
- Fox, H., «Shorter Articles, Comments and Notes - The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government», *ICLQ*, vol. 51 (2002), pp. 119-125.
- Fox, H., «Some Aspects of Immunity from Criminal Jurisdiction of the State and its Officials: The Blaskic case», in: *Man's Inhumanity to Man: Essays in International Law in Honour of Antonio Cassese*, pp. 297-307.
- Fox, H., *The Law of State Immunity* (Oxford/New York: Oxford University Press, 2002).
- Gaeta, P., «Official Capacity and Immunities» in A. Cassese et al (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1 (Oxford University Press, New York, 2002), pp. 975-1002.
- Garnett, R. L., «State Immunity Triumphs in the European Court of Human Rights», *Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002), pp. 367-373.
- George, S.V., «Head of State immunity in the United States courts: still confused after all these years», *Fordham Law Review*, vol. 64 (1995), pp. 1051-1088.
- Grosscup, S., «The Trial of Slobodan Milosevic: The Demise of Head of State Immunity and The Specter of Victor's Justice», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 32 (2004), pp. 355-381.
- Henzelin, M., «L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption?», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2002, pp. 179-212.
- Hickey, C., «The dictator, drugs and diplomacy by indictment: head of state immunity in US v. Noriega», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4 (1989), pp. 729-765.
- Honrubia, V.A., «La responsabilité internationale de l'individu», *Recueil des Cours...*, vol. 280 (1999), pp. 220-230.
- Hopkins, J., «Former Head of Foreign State - Extradition – Immunity», *CLJ*, vol. 58 (1999), pp. 461-465.
- Hopkins, J., «Immunity - Head of Foreign State», *CLJ*, vol. 57 (1998), pp. 4-6.
- Hopkins, K., «The International Court of Justice and the Question of Sovereign Immunity: Why the Yerodia case is an Unfortunate Ruling for the Development of Public International Law», *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), pp. 256-263.
- Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 69, 2000-2001, Session de Vancouver (Paris, Pédone), pp. 442-709.
- Institut de droit international, «L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des États étrangers», in: *Institut de droit international. Tableau général des résolutions (1873-1956)* (Bâle, 1957), pp. 14-18.
- International Law Association, «Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences», *Report of the 69th Conference held in London 25-29th July 2000* (London, 2000), pp. 403-431.

- Jackson, V.C., "Suing the Federal Government: sovereignty, immunity, and judicial independence", *George Washington International Law Review*, vol. 35 (2003), pp. 521-609.
- Kamto, M., «Une troublante "Immunité totale" du Ministre des affaires étrangères», *RBDI* (2002), pp. 518-530.
- Kenneth C. Randall, "Book Review: 'Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law'", *AJIL*, vol. 99 (2005) p. 293.
- Kittichaisaree, K., *International Criminal Law* (Oxford University Press, New York, 2001), pp. 43-63.
- Klingberg, V., "(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone", *GYBIL*, vol. 46 (2003), pp. 537-564.
- Knoops, Geert-Jan G.I., *Defences in Contemporary International Criminal Law* (Transnational Publ. Inc, 2001), pp. 70-72.
- Kofele-Kale, N., *International law of Responsibility for Economic Crimes: Holding Heads of State and Other High Ranking State Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment* (The Hague/Boston, Mass.: Kluwer Law International, 1995).
- Koivu, V., "Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), pp. 305-330.
- Koller, D.S., "Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment As It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court", *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), pp. 7-42.
- Labuschagne, J. M. T., "Diplomatic Immunity: A Jurisdictional or Substantive-law Defence?", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), pp. 291-295.
- Lansing, P. and Perry, J.K., "Should Former Government Leaders Be Subject to Prosecution After Their Term in Office? The Case of South African President P.W.Botha", *California Western International Law Journal*, vol. 30 (1999), pp. 91-115.
- Lloyd Jones, D., "Article 6 C.E.D.H. and Immunities Arising in Public International Law", *ICLQ*, vol. 52 (2003), pp. 463-472.
- Mallory, J. L., "Resolving the Confusion Over Head of State immunity: The Defined Rights of Kings", *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), pp. 169-197.
- Mangu, A., "Immunities of Heads of State and Government: A comment on the Indictment of Liberia's President Charles Taylor by the Special Court for Sierra Leone and the Reaction of the Ghanaian Government", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), pp. 238-245.
- McLachlan, C., "The Influence of International Law on Civil Jurisdiction", *Hague Yearbook of International Law*, vol. 6 (1993), pp. 125-144.
- McLachlan, C., "Pinochet Revisited", *ICLQ*, vol. 51 (2002), pp. 959-966.
- Mitchell, A. D., "Leave Your Hat On? Head of State Immunity and Pinochet", *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), pp. 225-256.
- Murphy, S.D., "Head-of-State Immunity for Former Chinese President Jiang Zemin", *AJIL*, vol. 97 (2003), pp. 974-977;
- Murphy, S.D. (ed.), "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 873-877.

- Neier, A., "Accountability for State Crimes: The Past Twenty Years and the Next Twenty Years", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 35 (2003), pp. 351-362.
- Nicholls, C., "Reflections on Pinochet", *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), pp. 140-151.
- O'Neill, K.C., "A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet", *Stanford Journal of International Law*, vol. 38 (2002), pp. 289-317.
- Panhuy, H.F. van, "In The Borderland Between The Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities", *ICLQ*, vol. 13 (1964), pp. 1193-1213.
- Penrose, M.M., "It's Good to Be King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2000), pp. 193-220.
- Pierson, Ch., "Pinochet and the End of Immunity: England's House of Lords Holds that a Former Head of State is Not Immune for Torture", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), pp. 263-326.
- Prouvèze, R., «Les tribunaux pénaux internationaux à l'aube du XXI^e siècle: l'affaire *Milosevic* ou la difficile recherche d'un véritable rôle de juridiction pénale internationale», *Observateur des Nations Unies*, n° 11 (2001), pp. 201-221.
- Prouvèze, R., «L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*): quelle contribution de la Cour internationale de justice au droit international pénal?», *Observateur des Nations Unies*, n° 12 (2002), pp. 285-309.
- Przetacznik, F., «Protection of foreign officials», *Revue égyptienne de droit international*, vol. 33 (1977), pp. 113-151.
- Przetacznik, F., «Basic principles of international law concerning the protection of officials of foreign States», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 69 (1991), pp. 51-81.
- Rau, M., "After *Pinochet*: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations - The Decisions of the European Court of Human Rights in *Al-Adsani* Case", *German Law Journal*, vol. 3 (2002).
- Robertson, G., *Crimes against Humanity. The Struggle for Global Justice* (Allen Lane, Penguin Press, 1999), pp. 190-224, 342-407.
- Rodley, N.S., "Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective", *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), pp. 11-26.
- Rousseau, Ch., *Droit international public*. Tome IV: Les relations internationales (Paris, Sirey, 1980), pp. 8-19, 122-126, 170-210, 248-263.
- S. v. Berlin Court of Appeal and District Court of Berlin-Tiergarten*. 24 *Europische Grundrechte-Zeitschrift* 436. German Federal Constitutional Court, June 10, 1997, *AJIL*, vol. 92 (1998), pp. 74-78.
- Salmon, J., «Libres propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire *relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique)*», *RBDI* (2002), pp. 512-517.
- Salmon, J. and David, E., «Chef d'État, Chef de gouvernement, Ministre des affaires étrangères. Pratique du pouvoir exécutif et contrôle des chambres législatives», *RBDI*, vol. XXXV (2000), pp. 122-125.
- Sands, Ph., "After Pinochet: The Role of National Courts", in: *From Nuremberg to the Hague. The Future of International Criminal Justice*, ed. by Ph. Sands. (Cambridge University Press, 2003) pp. 68-108.
- Sands, Ph., "International Law Transformed? From Pinochet to Congo...?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 37-53.
- Sands, Ph., "What is the ICJ for?", *RBDI* (2002), pp. 537-545.

- Sassòli M., «Les immunités internationales», in: *L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*, RGDIP (2002), pp. 797-817.
- Sears, J.M., "Confronting the 'Culture of Impunity': Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*", GYBIL, vol. 42 (1999), pp. 125-146.
- Shaw, M.N., "The Personality Issue - Immunity for Government Figures", in: *International Law*, 5th ed. (Cambridge University Press, 2003), pp. 655-667.
- Shaw, M.N., "The *Yerodia* case: Remedies and Judicial Functions", RBDI (2002), pp. 554-559.
- Shelton, D., *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford University Press, New York, 1999), pp. 64-92.
- Simbeye, Y., *Immunity and International Criminal Law* (Aldershot, England; Burlington, Vt.: Ashgate, 2004).
- Sison, G., "A King No More: The Impact of the Pinochet decision on the Doctrine of Head of State Immunity", *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), pp. 1583-1602.
- Société française pour le droit international, *Colloque de Clermont-Ferrand: le chef d'État et le droit international* (Paris: Pédone, 2002).
- Stone, C., "Head of State Immunity. New Standard on a Narrow Issue", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 12 (1989), pp. 491-502.
- Summers, M.A., "The International Court of Justice's Decision in *Congo v. Belgium*: How Has It Affected the Development of a Principle of Universal Jurisdiction that Would Obligate All States to Prosecute War Criminals?", *Boston University International Law Journal*, vol. 21 (2003), pp. 63-100.
- Thomas, K.R. and Small, J., "Human Rights and State Immunity: Is There Immunity From Civil Liability For Torture?", *Netherlands International Law Review*, vol. 50, pp. 1-30.
- Tomonori, M., "The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2001), pp. 261-287.
- Tomuschat, C., "Jurisdictional Immunity", in: *General Course on Public International Law, Recueil des Cours...*, vol. 281 (1999), pp. 176-183.
- Toner, P.J., "Competing Concepts of Immunity: The Revolution of the Head of State Immunity Defense", *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004), pp. 899-927.
- Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article* (Baden-Baden: Nomos, 1999), "Commentary to Article 27", pp. 501-514.
- Tunks, M.A., "Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head of State Immunity", *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), pp. 651-682.
- Van Alebeek, R., "The Pinochet case: International Human Rights Law on Trial", BYBIL, vol. LXXI (2000), pp. 47-70.
- Vernoeven, J., «Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000», RBDI (2002), pp. 531-536.
- Vicuña, F. O., "Diplomatic and Consular Immunities and Human Rights", ICLQ, vol. 40 (1991), pp. 34-48.
- Villalpando, S., «L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999», *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (2000), pp. 393-427.

- Walsh, N. M., "The President and Foreign Minister of Zimbabwe are Entitled to Head of State Immunity under United States and International Law, but their Political Party is not Immune and was Properly Served by Notice of Process on it in New York", *New York International Law Review*, vol. 15 (2002), pp. 91-99.
- Warbrick, C., "Immunity and international crimes in English law", *ICLQ*, vol. 53 (2004), pp. 769-764.
- Watts, A., "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des Cours ...*, vol. 247 (1994-III), pp. 52-63.
- Weyembergh, A., «Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998», *RBDI*, vol. 32 (1999), pp. 178-204.
- Weller, M., "On the hazards of foreign travel for dictators and other international criminals", *International Affairs*, vol. 75 (1999), pp. 599-617.
- White, M., "Pinochet, Universal Jurisdiction, and Impunity", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), pp. 209-226.
- Whomersley, C.A., "Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts", *ICLQ*, vol. 41 (1992), pp. 848-858.
- Wickremasinghe, C., "Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights", *ICLQ*, vol. 49 (2000), pp. 724-730.
- Wilson, R.A., "Diplomatic Immunity from Criminal Jurisdiction: Essential to Effective International Relations", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 7 (1984), pp. 113-138.
- Wilson, R.J., "Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law", *Human Rights Quarterly*, vol. 21 (1999), pp. 927-979.
- Wouters, J., "The Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks", *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 253-267.
- Yang, X., "Immunity for International Crimes: Reaffirmation of Traditional doctrine", *Cambridge Law Journal*, vol. 61 (2002), pp. 242-246.
- Yang, X., "State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions", *BYBIL*, vol. 74 (2003), pp. 333-408.
- Zappala, S., "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation", *EJIL*, vol. 12 (2001), pp. 595-612.
- Ziman, G. M., "Holding Foreign Governments Accountable for Their Human Rights Abuses: A proposed Amendment to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 21 (1999), pp. 185-213.
- Zuppi, A.-L., "Immunity v. Universal Jurisdiction: the Yerodia Ndombasi Decision of the International Court of Justice", *Louisiana Law Review*, vol.63 (2003), pp. 309-339.

Annexe B

Immunité juridictionnelle des organisations internationales (M. Giorgio Gaja)

1. L'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 et des articles sur la responsabilité de l'État a conduit la Commission à effectuer des études parallèles au sujet des organisations internationales. L'adoption récente par l'Assemblée générale des Nations Unies de la résolution 59/38, relative à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, amène la Commission à se demander s'il y a lieu d'entreprendre une étude sur l'immunité juridictionnelle des organisations internationales.

2. Pendant 30 ans, le sujet a été à l'ordre du jour de la Commission, dans le cadre de l'étude sur les «Relations entre les États et les organisations internationales». M. Abdullah El-Erian et M. Leonardo Diaz Gonzalez ont été successivement rapporteurs spéciaux pour la deuxième partie du sujet, intitulée «Statut, privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents». Des projets d'articles ont été renvoyés au Comité de rédaction mais n'ont pas été soumis à la plénière. En 1992, la Commission a décidé de «laisser de côté pour le moment un sujet qui ne semblait pas répondre à un besoin pressant des États ni des organisations internationales»¹.

3. Il est vrai que de nombreux instruments constitutifs d'organisations internationales, des protocoles sur les privilèges et immunités ou des accords de siège prévoient l'immunité. Toutefois, ces dispositions ont souvent un caractère très général. Qui plus est, il n'est pas rare que la question de l'immunité se pose devant les juridictions des États qui ne sont liés par aucun traité en la matière. La pertinence du sujet dépend également des activités de plus en plus nombreuses d'un grand nombre d'organisations internationales. Ainsi, l'organisation de réunions hors du territoire des États ayant conclu des accords de siège soulève certains problèmes.

4. Plusieurs juridictions ont eu l'occasion d'affirmer l'existence d'une obligation, en droit international général, d'accorder l'immunité aux organisations internationales. Dans l'affaire *ZM c. Délégation permanente de la Ligue des États arabes auprès des Nations Unies*², le

¹ *Annuaire ... 1992*, vol. II (deuxième partie), p. 56, par. 362.

² Arrêt du 17 novembre 1993, I.L.R., vol. 116, p. 647.

Tribunal des prud'hommes de Genève a précisé que «les organisations internationales, à caractère universel ou régional», jouissent d'une «immunité juridictionnelle absolue». Dans l'affaire *Tribunal des réclamations Iran/États-Unis d'Amérique c. AS*³, la Cour suprême des Pays-Bas a estimé que «même en l'absence de traité [...] il découle du droit international non écrit qu'une organisation internationale jouit de l'immunité de juridiction dans les mêmes conditions que ce qui est généralement prévu dans les traités susmentionnés, et en tout état de cause dans l'État sur le territoire duquel l'organisation a son siège, avec l'accord du gouvernement de l'État hôte». Dans l'affaire *T.M. c. Ligue des États arabes*, la Cour de cassation belge s'est référée à l'immunité reconnue, soit par le principe général du droit international public qui la consacre, soit par des accords spécifiques, aux organisations internationales⁴.

5. Des décisions similaires ont été prises par la cour d'appel du district de Columbia dans l'affaire *Weidner v. International Telecommunications Satellite Organization*⁵, et dans une série d'arrêts de la Cour suprême des Philippines. Par exemple, dans l'affaire *South-East Asian Fisheries Development Center v. Acosta*⁶, cette dernière a déclaré: «L'une des immunités fondamentales d'une organisation internationale est l'immunité de juridiction locale, ce qui signifie qu'elle est à l'abri des actions et procédures juridiques engagées par les tribunaux du pays où elle se trouve [...]».

6. Des précédents comme ceux susmentionnés permettent de penser qu'il est nécessaire de procéder à un examen approfondi de la pratique des États, afin de parvenir à des conclusions appropriées, que ce soit dans la perspective de la codification ou du développement progressif.

7. Une étude portant sur l'immunité juridictionnelle des organisations internationales n'aurait pas simplement pour objet de déterminer dans quelle mesure les règles régissant l'immunité des États pourraient également s'appliquer aux organisations internationales. L'immunité de ces dernières doit être étudiée dans l'optique des voies de recours qui s'offrent pour engager une action contre une organisation, en fonction des règles de celle-ci ou de compromis d'arbitrage. Il est nécessaire d'éviter le risque d'un déni de justice. Ainsi, par exemple, dans la décision

³ Arrêt du 20 décembre 1985, I.L.R., vol. 94, p. 329.

⁴ Arrêt du 3 décembre 2001, disponible sur www.cass.be.

⁵ Arrêt du 21 septembre 1978, I.L.R., vol. 63, p. 191 et suiv.

⁶ Arrêt du 2 septembre 1993, disponible sur www.lawphil.net.

susmentionnée du Tribunal des prud'hommes de Genève, le Tribunal s'est demandé s'il existait une «possibilité réelle de recours devant le tribunal administratif de l'Organisation défenderesse»⁷. Plus récemment, dans l'affaire *Pistelli c. Istituto Universitario Europeo*, la Cour de cassation italienne a jugé que l'immunité de juridiction d'une organisation internationale peut être invoquée lorsque les règles de l'organisation assurent «une protection juridictionnelle des mêmes droits et intérêts devant un tribunal indépendant et impartial»⁸.

8. Principales questions soulevées par le sujet

- Définition des organisations internationales visées par l'étude;
- Immunité de juridiction contentieuse. En particulier: modalités pour donner effet à l'immunité, consentement à l'exercice de la juridiction, effet de la participation à une procédure devant un tribunal, demandes reconventionnelles, questions relatives aux transactions commerciales, contrats de travail, affaires touchant à la propriété, participation à des sociétés ou autres groupements; effet d'un compromis d'arbitrage;
- Immunité à l'égard de mesures de contrainte en relation avec une procédure devant un tribunal;
- Protection des droits des personnes physiques et morales en relation avec les immunités juridictionnelles des organisations internationales. En particulier, rôle d'autres modes de règlement des différends.

9. Traités applicables, principes généraux ou législations ou décisions judiciaires pertinentes

Il a été fait brièvement référence plus haut aux tendances relevées dans les traités, ainsi que dans les législations nationales et les décisions judiciaires. Tandis que les traités et les législations ne visent qu'un nombre restreint d'organisations, certaines décisions judiciaires ont aussi envisagé la question de l'immunité juridictionnelle des organisations internationales de manière générale.

⁷ *Supra*, note 2, p. 649.

⁸ Arrêt du 28 octobre 2005, RDI (2006), p. 254.

10. Doctrine existante

Actuellement, les avis sont partagés quant à l'existence de règles de droit international général régissant les immunités des organisations internationales. Tandis que certaines études nient encore l'existence d'une telle règle⁹, la tendance dominante dans les ouvrages récents est plus favorable à l'idée qu'une certaine forme d'immunité¹⁰ – parfois même une immunité absolue – fait partie du droit international. L'immunité d'exécution est plus largement admise¹¹.

Une note bibliographique est jointe.

11. Intérêt de l'élaboration d'un projet de convention

Vu le nombre de cas dans lesquels les traités relatifs aux immunités des organisations internationales ne s'appliquent pas, ainsi que le caractère général de la plupart des dispositions conventionnelles, il serait dans l'intérêt de toutes les parties concernées de faciliter la détermination des règles de droit international régissant les immunités des organisations internationales. Il faudrait envisager, le cas échéant, la nécessité d'un développement progressif. L'importance croissante des activités économiques des organisations internationales, souvent en concurrence directe avec le secteur privé, rend la question d'autant plus urgente.

Si le sujet était retenu, il se prêterait à l'élaboration d'un projet de convention.

Cet instrument s'appliquerait parallèlement à la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

⁹ Voir Glavinis, *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées* (Paris, 1990), p. 122; De Bellis, *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione* (Bari, 1992), p. 18; Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruxelles, 1998), p. 230; Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford, 2004), p. 469.

¹⁰ Voir Lalive, «L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales», in *Recueil des Cours...* (1953-III), p. 304; Fedder, «The functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization», *American University Law Review*, 1960, p. 60 et suiv.; Conforti, *Diritto Internazionale* (Naples, 2002), p. 259. Dominicé, «L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales», *Recueil des Cours...*, vol. 187 (1984-IV), p. 220, a affirmé que l'apparition d'une règle coutumière ne concernait que l'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées.

¹¹ Voir Schroër, «Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive», *Rivista di diritto int. Privato e processuale* (1977), p. 584; Dominicé, «L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales», *supra*, note 10, p. 225; Mousse, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne* (Bruxelles, 1997), p. 376 et 377; Zanghi, *Diritto delle Organizzazioni internazionali* (Turin, 2001), p. 330.

Selected Bibliography*

- N.G. Abrahamson, "Waiver of Immunity for World Bank Denied: *Mendaro v. The World Bank*", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 8 (1984), p. 413 ff.
- K. Ahluwalia, *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations* (The Hague, 1964).
- M. Akehurst, "Settlement of Claims by Individuals and Companies Against International Organizations", *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de la Haye* (1967-68) p. 69 ff.
- C. F. Amerasinghe, *The Law of the International Civil Service as Applied by International Administrative Tribunals* (Oxford, 1994).
- C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of the International Organizations* (Cambridge, 1996).
- C. Archer, *International Organizations* (New York/London, 1993).
- M. Aristodemou, "Applicability of article VI, section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations", *ICLQ*, vol. 42 (1992), p. 695 ff.
- M.H. Arsanjani, "Claims against international organizations: Quis Custodiet Ipsos Custodes", *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7 (1980-81), p. 131 ff.
- H. Aufrich, "The Expansion of the Concept of Sovereign Immunity, with Special reference to International Organizations", *ASIL Proceedings ...* vol. 46 (1952), p. 85 ff.
- R. Bardos, "Judicial Abstention through the Act of State Doctrine", *International Trade Law Journal* (1981-83), p. 177 ff.
- R. R. Baxter, "Jurisdiction Over Visiting Forces and the Development of International Law" ..., *ASIL Proceedings ...* vol. 52 (1958), p. 174 ff.
- R.M. Battaglia, "Jurisdiction over NATO Employees", *Italian Yearbook of International Law* (1978-79), p. 166 ff.
- D.J. Bederman, "The Souls of International Organizations: Legal Personality and the Lighthouse at Cape Sparte", *Virginia Journal of International Law*, vol. 36 (1995-1996), p. 275 ff.
- P. Bekker, *The Legal Position of Intergovernmental Organizations, A Functional Necessity Analysis of their Legal Status and Immunities* (Dordrecht/Boston/London, 1994).
- J.K. Bentil, "Involvement of an International Organization in Litigation in England", *Litigation* (1989), p. 90 ff.
- J.K. Bentil, "Suing an International Organization for Debt Payment", *Solicitor's Journal* (1990), p. 475 ff.
- C. Bertrand, "La nature juridique de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE)", *Revue générale de droit international public* (1998), p. 365 ss.
- G. Biscottini, *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, I (Padova, 1971).
- D. Bowett, *The Law of International Institutions* (London, 1982).

* Bibliographie établie par Stefano Dorigo, doctorant (Université de Pise).

- D. Bradlow “International Organizations and Private Complaints: The case of the World Bank Inspection Panel”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1993-1994), p. 553 ff.
- C.H. Brower, “International Immunities: Some Dissident Views on the Role of Municipal Courts”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), p. 1 ff.
- C. Byk, “Case note to Hintermann v. UEO”, *Journal du droit international*. (1997), p. 142 ff.
- P. Cahier, *Étude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les États ou elles résident* (Milano, 1959).
- P. Cane, “Prerogative Acts, Acts of State and Justiciability”, *ICLQ*, vol. 29 (1980), p. 680 ff.
- A. Cassese, «L’immunité de juridiction des organisations internationales dans la jurisprudence italienne», *Annuaire français de droit international* (1984), p. 556 ff.
- S. Chandrasekhar, “Cartel in a can: the financial collapse of the International Tin Council”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol.10 (1989-1990), p. 309 ff.
- K. Chen, “The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies”, *AJIL*, vol. 42 (1948), p. 900 ff.
- I. Cheyne, “Status of International Organizations in English Law”, *ICLQ*, vol. 40 (1991), p. 981 ff.
- K. Cully, “Jurisdictional Immunities of Intergovernmental Organizations”, *Yale Law Journal*, vol.91 (1981-1982), p. 1167 ff.
- Ph. D’Argent, «Jurisprudence belge relative au droit international public», *Revue belge de droit international* (2003), p. 612 ff.
- E. David, «Observations sur Ligue des États arabes c. T.M.», *Journal des tribunaux* (2001), p. 610 ff.
- E. David, «Une décision historique?», *Journal des tribunaux* (2003), p. 686 ff.
- S. De Bellis, *L’immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione* (Bari, 1992).
- P. De Visscher, «De l’immunité de juridiction de l’Organisation des Nations Unies et du caractère discrétionnaire de la compétence de protection diplomatique», *Revue critique de jurisprudence belge* (1971), p. 456 ff.
- N.Q. Dinh, «Les privilèges et immunités des organismes internationaux d’après les jurisprudences nationales depuis 1945», *Annuaire français de droit international* (1957), p. 262 ff.
- G. Di Stefano, «La CICR et l’immunité de juridiction en droit international contemporain: fragments d’investigation autour d’une notion centrale de l’organisation internationale», *Revue suisse de droit international et européen* (2002), p. 355 ff.
- C. Dominicé, «Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées», *Annuaire français de droit international* (1999), p. 623 ff.
- C. Dominicé «Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales», *Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. II (Castellón, 1998) p. 305 ff.
- C. Dominicé, «L’arbitrage et les immunités des organisations internationales», Dominicé, Patry, Reymond (eds.), *Études de droit international en l’honneur de Pierre Lalive* (Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993), p. 483 ff.
- C. Dominicé, «L’immunité de juridiction et d’exécution des organisations internationales», *Recueil des Cours ...*, vol. 187 (1984- IV), p. 145 ff.

- Dronillat, *L'immunité de juridiction des organismes internationaux* (1954).
- J. Duffar, *Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales* (Paris, 1982).
- F. Durante and E. Spatafora, *Gli Accordi di Sede* (Milano, 1993).
- C.T. Ebenroth, "Shareholders' Liability in International Organizations. The Settlement of the International Tin Council Case", *Leiden Journal of International Law*, vol. 4 (1991), p. 171 ff.
- A. Ehrenfeld, "United Nations Immunity Distinguished from Sovereign Immunity", *ASIL Proceedings...*, vol. 52 (1958), p. 88 ff.
- P.M. Eisemann, «Crise du Conseil international de l'étain et insolvibilité d'une organisation intergouvernementale», *Annuaire français de droit international* (1985), p. 730 ff.
- A. Farrugia, "Boiman v. United Nations General Assembly: International Organizations Immunity is Absolutely not Restrictive", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 15 (1989), p. 497 ff.
- Fedder, "The Functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization", *American University Law Review*, vol. 9 (1960), p. 60 ff.
- G. Fischer, «Organisation international du Travail. Privilèges et immunités», *Annuaire français de droit international* (1955), p. 385 ff.
- J.F. Flauss, «Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme», *Revue suisse de droit international et européen*, 2000, p. 299 ff.
- J.F. Flauss, «Contentieux de la fonction publique européenne et Convention européenne des droits de l'homme», *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, 1997, p. 157 ff.
- H. Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford, 2004).
- P. Freymond, «Remarques sur l'immunité de juridiction des organisations internationales en matière immobilière», *Friedens-Warte* (1955-56), p. 365 ff.
- E. Gaillard, «Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales», *Bulletin A.S.A.* (2000), p. 471 ff.
- G. Gaja, "L'esecuzione sui beni di Stati stranieri: l'Italia paga per tutti?", *Rivista di diritto internazionale* (1985), p. 345 ff.
- P. Glavinis, *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées* (Paris, 1990).
- J. H. Glazer, "A Functional Approach to the International Finance Corporation", *Columbia Law Review*, vol. 57 (1957), p. 1089 ff.
- G.H. Glenn, "Immunities of International Organizations", *Virginia Journal of International Law*, vol. 21 (1981-1982), p. 247 ff.
- M. Gordon, "Recent Developments, International Organizations: Immunity", *Harvard International Law Journal*, vol. 21 (1980), p. 552 ff.
- F. Gregorides, *Die Privilegien und Immunitäten der internationalen Beamten mit besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich* (Vienna, 1972).

- J.C. Griffith, "Restricting the Immunity of International Organizations in Labor Disputes: Reforming an Obsolete Shibboleth", *Virginia Journal of International Law*, vol.25 (1984-1985), p. 1007 ff.
- J.G. Guttel, "Is the International Olympic Committee Amenable to Suit in a US Court?", *Fordham International Law Journal*, vol. 7 (1983-1984), p. 61 ff.
- W.J. Habscheid, "Die Immunität internationaler Organisationen im Zivilprozess", *Zeitschrift für Zivilprozess* (1997), p. 269 ff.
- K. Hailbronner, "Immunity of International Organizations from German National Jurisdiction", *Archiv des Völkerrechts* (2004), p. 329 ff.
- D. Hammerschlag, "Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development", *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol.16 (1992), p. 279 ff.
- F.W. Henderson, "How Much Immunity for International Organizations? Mendara v. World Bank", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 10 (1985), p. 487 ff.
- F.W. Henderson, "Jurisdictional Immunities of Intergovernmental Organizations", *Yale Law Journal*, vol. 91 (1982), p. 1167 ff.
- W. Jenks, *International Immunities* (London, 1961).
- J. Kerry King, *The Privileges and Immunities of the Personnel of International Organizations* (Odense, 1949).
- J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (Cambridge, 2002).
- P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruxelles, 1998).
- B. Knapp, «Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents devant les tribunaux internationaux», *Revue générale de droit international public* (1965), p. 621 ff.
- J.L. Kunz, "Privileges and Immunities of International Organizations", *AJIL*, vol.41 (1947), p. 828 ff.
- J.F. Lalive, «L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales», *Recueil des Cours...* (1953-III), p. 209 ff.
- R. La Rosa, "Immunità delle organizzazioni internazionali dalla esecuzione e principi costituzionali", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1987, p. 453 ff.
- K.R. Lee, "Recent developments", *Virginia Journal of International Law*, vol. 20 (1979-1980), p. 913 ff.
- R.P. Lewis, "Sovereign Immunity and International Organizations: Broadbent v. OAS", *Journal of International Law and Economics*, vol. 13(1978-1979), p. 675 ff.
- R.P. Lewis "The Status of International Organizations under the Law of the United States", *Harvard Law Review*, vol. 71 (1957-1958), p. 1300 ff.
- M.E. MacGlashan, "The International Tin Council: Should a Trading Organisation Enjoy Immunity?", *Cambridge Law Journal*, vol. 46 (1987), p. 193 ff.
- H.J. von Merkatz, «Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents», *Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques* (1968), p. 146 ff.
- D.B. Michaels, *International Privileges and Immunities. A Case for a Universal Statute* (The Hague, 1971).

- D. Mitrany, *A Working Peace System: An Argument for the Functional Development of International Organization (and other essays)* (Oxford, 1943).
- F. Morgenthorn, *Legal Problems of International Organizations* (Cambridge, 1986).
- J. Mousse, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne* (Bruxelles, 1997).
- A.S. Muller, *International Organizations and their Host States* (The Hague, 1995).
- O. Nakamura, "The Status, Privileges and Immunities of International Organizations in Japan", *Japanese Annual of International Law* (1992), p. 116 ff.
- R.J. Oparil, "Immunity of international organizations in United States Courts: absolute or restrictive?", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24 (1991), p. 689 ff.
- T. O'Toole, "Sovereign Immunity redivivus: Suits against International Organizations", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 4 (1980), p. 1 ff.
- B.N. Patel, "The Accountability of International Organizations: A Case Study of the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons", *Leiden Journal of International Law*, vol. 13 (2000), p. 571 ff.
- G. Perrenoud, *Régime des privilèges et immunités des missions diplomatiques étrangères et des organisations internationales en Suisse* (Lausanne, 1949).
- P. Pescatore, «Les relations extérieures des Communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales», *Recueil des Cours...*(1968-II), p. 1 ff.
- I. Pingel (éd.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable* (Paris, 2004).
- I. Pingel-Lenuzza and E. Gaillard, "International Organizations and Immunity from Jurisdiction: To Restrict or To Bypass", *ICLQ*, vol.51 (2002), p. 1 ff.
- I. Pingel-Lenuzza, «Autonomie juridictionnelle et employeur privilégié: concilier les contraires», *Revue générale de droit international public* (2000), p. 445 ff.
- R. Pisillo Mazzeschi, "Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e Costituzione italiana", *Rivista di diritto internazionale*, 1976, p. 499 ff.
- L. Preuss, "The International Organizations Immunities Act", *AJIL*, vol. 49 (1946), p. 332 ff.
- P. Pustorino, "Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi *Waite et Kennedy* e *Beer et Regan*", *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 132 ff.
- A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts* (Cambridge, 2000).
- A. Reinisch and Weber, "In the Shadow of *Waite et Kennedy*. The Jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual's Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement", *International Organizations Law Review* (2004), p. 59 ff.
- J. Salmon, «Immunités et actes de fonction», *Annuaire français de droit international*, 1992, p. 314 ff.
- M. Schneider, "International Organizations and Private Persons: The Case for a Direct Application of International Law", Dominicé, Patry, Reymond (eds.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive* (Basel/Frankfurt am Main, 1993), p. 345-358.

- C.H. Schreuer, "Concurrent Jurisdiction of National and International Tribunals", *Houston Law Review*, vol. 13 (1975-1976), p. 508 ff.
- F. Schröer, «De l'application de l'immunité juridictionnelle des États étrangers aux organisations internationales», *Revue générale de droit international public* (1971), p. 712 ff.
- F. Schröer, "Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (1977), p. 575 ff.
- I. Scobbie, "International Organizations and Internal Relations", Dupuy (ed.), *A Handbook of International Organizations* (Dordrecht/Boston/London, 1998), p. 831 ff.
- I. Seidl-Hohenveldern, "Functional Immunity of International Organizations and Human Rights", Benedek (ed.), *Development and Developing International and European law* (Frankfurt am Main, 1999), p. 137 ff.
- I. Seidl-Hohenveldern, «L'immunité de juridiction des Communautés européennes», *Revue du marché commun* (1990), p. 475 ff.
- I. Seidl-Hohenveldern, «L'immunité de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales», Weil (ed.), *Cours et travaux de l'Institut des hautes études internationales de Paris, droit international 1* (Paris, 1981), pp. 109-167.
- I. Seidl-Hohenveldern and G. Loibl, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften* (Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1996).
- F. Seyersted, "Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organizations", *ICLQ*, vol. 14 (1965), p. 31 ff.
- I. Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments", *Recueil des Cours...* vol. 167 (1980- II), p. 113 ff.
- M. Singer, "Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns", *Virginia Journal of International Law*, vol. 36 (1995-1996), p. 53 ff.
- H. Tigroudja, «L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2000), p. 83 ff.
- J. Verhoeven (éd.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* (Bruxelles/Paris, 2004).
- M. Wenckstern, *Die Immunität internationaler Organisationen* (Tübingen, 1994).
- N. D. White, *The Law of International Organisations* (Manchester/New York, 1996). Yuen-Li Liang, "The Legal Status of the United Nations in the United States", *ILQ* vol.2 (1948-49), p. 577 ff.
- Yuen-Li liang, «The Legal Status of the United Nations in the United States», *ILQ*, vol.2 (1948-1949), p. 577 ff.
- R. Zacklin, "Diplomatic Relations: Status, Privileges and Immunities", in Dupuy (ed.) *A Handbook of International Organizations* (Dordrecht/Boston/London, 1998), pp. 179-198.
- C. Zanghi, *Diritto delle Organizzazioni internazionali* (Torino, 2001).

Annexe C

Protection des personnes en cas de catastrophe (Secrétariat)

1. Introduction

1. Le sujet intitulé «La protection des personnes en cas de catastrophe» entrerait dans la catégorie de ceux qui correspondent à des «tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale» envisagée par la Commission à sa quarante-neuvième session lors de l'établissement des critères à retenir pour l'inscription de sujets au programme de travail à long terme¹. L'accent serait mis au stade initial sur la protection des personnes dans le cadre des catastrophes naturelles ou des volets «catastrophe naturelle» de situations d'urgence plus vastes, en entreprenant des activités visant la prévention et l'atténuation des conséquences des catastrophes naturelles ainsi que la fourniture de secours humanitaires immédiatement après des catastrophes naturelles. Compte tenu de l'état actuel de développement du droit international régissant les secours en cas de catastrophe, ainsi que du besoin d'une systématisation de ce droit que ressentent en particulier les membres des organismes de secours en cas de catastrophe (tant au sein qu'en dehors des Nations Unies), l'examen d'un tel sujet par la Commission paraît justifié.

2. Les catastrophes naturelles sont cependant un sous-ensemble d'une gamme plus étendue de types de catastrophes comprenant les catastrophes anthropiques et autres catastrophes technologiques. Une autre distinction peut être faite entre les situations d'urgence découlant de la survenance d'une seule catastrophe (naturelle ou d'un autre type), et les «situations d'urgence complexes» dans lesquelles peuvent intervenir de multiples catastrophes, notamment naturelles et anthropiques (telles qu'un conflit armé)². Par ailleurs, on constate qu'une telle distinction entre les catastrophes naturelles et les autres types de catastrophes, par exemple les catastrophes technologiques, n'est pas toujours faite dans les textes juridiques et autres textes existants qui

¹ *Annuaire... 1997*, vol. II (deuxième partie), par. 238.

² La définition suivante des situations d'urgence complexes a été donnée: «Crise humanitaire qui frappe un pays, une région ou une société largement ou totalement en proie à l'anarchie par suite d'un conflit interne ou externe et qui nécessite une réaction internationale allant au-delà du mandat ou des capacités d'une seule institution et/ou du programme que les Nations Unies auraient en cours dans le pays». Document de travail sur la définition des situations d'urgence complexes, Comité permanent interorganisations, décembre 1994 (dans les archives de la Division de la codification).

traitent des catastrophes, et qu'il n'est pas toujours possible de maintenir une délimitation claire. Par conséquent, si l'on peut considérer qu'il serait bon dans l'immédiat d'examiner les activités entreprises dans le cadre d'une catastrophe naturelle, cela serait sans préjudice de l'inclusion éventuelle de l'examen des principes et règles internationaux régissant les mesures prises dans le cadre d'autres types de catastrophes.

2. Contexte général

Catastrophes naturelles

3. Si l'on met de côté des considérations telles que les incidences des activités humaines sur l'environnement et le lien de causalité potentiel de ces activités avec la fréquence et la gravité des catastrophes naturelles, ces catastrophes se distinguent par le fait qu'elles découlent d'épisodes naturels de l'histoire géologique ou hydrométéorologique, selon le cas, de la planète. Ces «aléas naturels» comprennent notamment les tremblements de terre, les inondations, les éruptions volcaniques, les glissements de terrain, les ouragans (typhons et cyclones), les tornades, les tsunamis (raz-de-marée), les sécheresses et les aléas biologiques. Elles coûtent aussi généralement cher en termes de pertes en vies humaines et de destruction de biens³.

Les tremblements de terre surviennent souvent sans signe avant-coureur et provoquent d'importantes destructions et de nombreuses pertes de vies humaines en raison de l'effondrement de bâtiments, de glissements de terrains ou de tsunamis⁴. Bien que les cyclones, les ouragans, les typhons, les tornades et même les éruptions volcaniques puissent être prévus à l'avance, ils peuvent survenir de façon soudaine et violente et provoquer des destructions sur une vaste superficie géographique entraînant une désorganisation généralisée, des ruptures dans l'approvisionnement en produits alimentaires et en eau saine et des épidémies. Par contre, les sécheresses, les pénuries alimentaires ou les mauvaises récoltes qui provoquent des famines sont des catastrophes à évolution lente mais qui ont des effets tout aussi dévastateurs. En mettant en péril en très peu de temps les avancées réalisées dans le domaine du développement, ces

³ Selon une estimation, pendant la seule année 2004, 360 catastrophes ont touché plus de 145 millions de personnes et causé des dégâts matériels s'élevant à plus de 103 milliards de dollars des États-Unis. *Rapport du Secrétaire général sur le renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par les organismes des Nations Unies*, 2005, document A/60/87-E/2005/78, par. 4.

⁴ Ibid. On estime que lors du tremblement de terre de grande ampleur qui est survenu au large de Sumatra le 26 décembre 2004 et du tsunami qui y a fait suite, qui ont touché 12 pays dans l'ensemble de l'Océan indien, plus de 240 000 personnes ont péri et plus d'un million d'autres ont été déplacées.

catastrophes constituent également un obstacle majeur au développement durable et à l'élimination de la pauvreté⁵.

4. Le fait que ces événements deviennent des «catastrophes» reflète davantage la vulnérabilité des êtres humains face aux effets négatifs des aléas naturels⁶. En effet, avec l'augmentation considérable des établissements humains dans les zones qui ont toujours été exposées aux catastrophes telles que les plaines inondables, les régions côtières et les failles géologiques (zones sujettes aux tremblements de terre dites «points chauds»), les risques de perte et de destruction se sont accrus d'autant. En outre, la nature ne connaît pas de frontières politiques. Un grand nombre de catastrophes naturelles touchent plusieurs États à la fois voire des régions entières, comme l'a démontré le tsunami de 2004. En pareil cas, les opérations de secours acquièrent une dimension et un caractère internationaux.

Activités contemporaines liées à la fourniture de secours en cas de catastrophe

5. Lors d'une catastrophe, la responsabilité pour ce qui est des mesures d'intervention et de la coordination des secours incombe à l'État touché mais celui-ci peut aussi solliciter l'assistance de la communauté internationale. Effectivement, la participation de la communauté internationale n'est pas limitée aux catastrophes touchant plusieurs pays mais peut être spécifiquement demandée par tel ou tel État ayant besoin d'aide pour faire face aux conséquences d'événements catastrophiques qui surviennent entièrement à l'intérieur de ses frontières. De nos jours, toutes sortes d'entités, y compris des organisations internationales telles que l'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées, la communauté des principaux donateurs et des organisations non gouvernementales consacrent une part importante de leurs ressources à la fourniture d'une assistance aux États et à leur population qui ont été victimes de catastrophes⁷.

⁵ Déclaration de Hyogo, adoptée à la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes, le 22 janvier 2005, document A/CONF.206/6, résolution 1.

⁶ Voir *infra*, note 46 sur le terme «aléa» et son rapport avec le terme «catastrophes».

⁷ Au sein de l'Organisation des Nations Unies, la responsabilité de la coordination des mesures d'intervention internationales en cas de catastrophe est confiée au Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe qui est aussi Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires responsable du Bureau de la coordination des affaires humanitaires (BCAH).

6. L'Assemblée générale, dans sa résolution 46/182 du 19 décembre 1991, a reconnu que les principales activités entreprises dans ce domaine sont les suivantes: prévention et atténuation des catastrophes; planification préalable y compris grâce au renforcement des capacités d'alerte rapide; amélioration de la capacité de réserve telle que le mécanisme de financement pour imprévus; lancement d'appels communs; et coordination, coopération et direction des opérations dans le cadre de la fourniture de secours en cas de catastrophe⁸. Cette classification des activités reste en grande partie valable aujourd'hui, même si le type d'activités entreprises a considérablement évolué depuis 1991.

7. Au niveau opérationnel, le temps joue un rôle essentiel après une catastrophe, la coordination sur place des moyens d'intervention en temps réel revêtant une importance particulière⁹. Pourtant, le personnel des organismes de secours humanitaires se heurte d'ordinaire à un certain nombre de difficultés dans l'accomplissement de son mandat, notamment: problèmes de coordination sectorielle (aussi bien au sein des secteurs qu'entre les secteurs); aptitude limitée à mobiliser les compétences techniques nécessaires dans les délais requis; manque de capacités en matière d'approvisionnement en eau et d'assainissement, ainsi que de gestion des abris et des camps et dans le domaine de la protection; possibilités limitées de disposer d'un financement suffisant et rapide; problèmes posés par les capacités insuffisantes nationales et locales en matière de planification préalable et d'intervention; et agents humanitaires délibérément pris pour cible et tués.

8. Certains obstacles sont d'ordre technique mais on se heurte aussi à des obstacles juridiques lorsqu'un cadre de réglementation permettrait d'accélérer considérablement la mise au point des arrangements techniques. On citera, entre autres exemples, les lacunes dans les cadres de réglementation existants souvent conçus pour être appliqués en temps normal mais inadaptés ou inappropriés pour faciliter l'application des mesures d'intervention dans des situations d'urgence. L'accès rapide du personnel des organismes de secours humanitaires sur le lieu de la catastrophe peut être entravé par des formalités de visa, d'immigration et de douane ainsi que par les procédures et autorisations liées aux droits de survol et d'atterrissage. Des contraintes

⁸ L'Assemblée générale reconnaît également dans la résolution le lien existant entre la phase de secours et celle du relèvement et du développement.

⁹ Arjun Katoch, «International natural disaster response laws, principles and practice, reflections, prospects and challenges», in Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *IDRL International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges* (2003), p. 48.

logistiques et des retards aux points de transbordement peuvent résulter de l'imposition de contrôles des exportations et importations ainsi que de l'obligation de présenter certains documents et de payer des droits de douane. Des questions peuvent se poser au sujet des immunités et privilèges ainsi que de la délimitation de la responsabilité civile. En outre, la sécurité du personnel des organismes de secours humanitaires, en particulier le personnel des Nations Unies et le personnel associé, est une question qui suscite depuis peu l'intérêt de la communauté juridique internationale¹⁰. Dans des situations d'urgence complexes, ces problèmes peuvent être aggravés par la situation politique qui règne dans l'État touché par une catastrophe naturelle.

Protection des victimes

9. L'aide humanitaire, y compris les secours en cas de catastrophe, s'inscrit, entre autres, dans le cadre plus large de l'action menée pour assurer la protection des victimes de catastrophes, y compris de catastrophes naturelles, question qui continue de faire l'objet d'un débat au sein des organismes de secours en cas de catastrophe¹¹. La présente proposition doit néanmoins aussi être envisagée dans le contexte de la réflexion contemporaine sur un principe nouveau, celui de la responsabilité de protéger¹², qui est apparu en premier lieu dans le contexte des conflits mais peut aussi s'appliquer dans celui des catastrophes naturelles.

10. Des trois éléments spécifiques composant ce principe et identifiés par le Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement en 2004 comme faisant partie implicitement de la responsabilité générale de protéger, la responsabilité de prévenir qui incombe à la communauté internationale est celui qui est jugé le plus pertinent au regard du sujet

¹⁰ Voir la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, adoptée en 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2051, p. 363, ainsi que le Protocole facultatif relatif à la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 60/42 du 8 décembre 2005 (élargissant la portée de la Convention de 1994 aux opérations des Nations Unies menées notamment aux fins d'apporter une aide humanitaire d'urgence sous réserve de la possibilité qu'a un État hôte de déclarer qu'il n'appliquera pas les dispositions de ce protocole à une opération d'aide humanitaire menée à seule fin de réagir à une catastrophe naturelle).

¹¹ Voir *Humanitarian Response Review: Étude mandatée par le Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe et Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires de l'ONU*, août 2005, par. 4.2, p. 30 et 31.

¹² Voir *Un monde plus sûr: notre affaire à tous*, Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, 2004, documents A/59/562 et Corr.1.

à l'étude¹³. Le principe de prévention, notamment par la réduction des risques, est un principe bien établi dans le domaine des secours en cas de catastrophe et a été tout récemment réaffirmé dans la Déclaration de Hyogo¹⁴ adoptée à la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes tenue en janvier 2005. Tout en reconnaissant qu'il importe d'associer toutes les parties prenantes, notamment les organisations et les institutions financières régionales et internationales, la société civile, y compris les organisations non gouvernementales et les volontaires, le secteur privé et la communauté scientifique, la Déclaration affirme que les États ont la responsabilité première de protéger les populations et les biens présents sur leur territoire contre les différents aléas, qu'ils soient naturels ou provoqués par des activités humaines¹⁵.

3. Bref aperçu des normes et règles existantes

11. Les diverses activités entreprises au niveau international en réaction à des catastrophes sont réglementées désormais par une série de normes juridiques dont l'ensemble constitue ce que l'on appelle le «droit international des interventions lors de catastrophes (DIIC)»¹⁶. Le DIIC n'est pas un domaine entièrement nouveau du droit international¹⁷. On peut retracer ses origines au milieu du XVIII^e siècle au moins, époque où Emmerich de Vattel a écrit:

¹³ Il est proposé que la Commission du droit international, conformément à son approche traditionnelle consistant à s'intéresser avant tout aux échanges pacifiques entre États, n'examine pas la question de la responsabilité de réagir, y compris en recourant à des mesures coercitives et, dans les cas extrêmes, à l'intervention militaire.

¹⁴ *Supra*, note 5, résolution 1.

¹⁵ *Ibid.*, par. 2 et 4 du dispositif, respectivement.

¹⁶ On a opté dans le titre de la présente proposition pour le terme «secours» en cas de catastrophe afin d'indiquer clairement que le champ d'application du sujet est plus large, c'est-à-dire qu'il n'est pas limité à la phase d'«intervention». Cela dit, dans la mesure où le terme «intervention» peut désigner d'autres actions connexes telles que les activités d'atténuation des risques préalables à la catastrophe, les deux termes pourraient être utilisés de façon interchangeable.

¹⁷ Michael H. Hoffman, «What is the scope of international disasters response law?» in Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *IDRL International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges* (2003), p. 13.

«... Toute nation doit travailler, dans l'occasion, à la conservation des autres et à les garantir d'une ruine funeste, autant qu'elle peut le faire sans trop s'exposer elle-même¹⁸ ... Si un peuple est désolé par la famine, tous ceux qui ont des vivres de reste doivent l'assister dans son besoin, sans toutefois s'exposer eux-mêmes à la disette ... L'assistance, dans cette dure extrémité, est si essentiellement conforme à l'humanité qu'on ne voit guère de nation un peu civilisée y manquer absolument ... De quelque calamité qu'un peuple soit affligé, la même assistance lui est due.»¹⁹.

12. Sous sa forme moderne, le DIIC établit les règles et principes régissant l'aide internationale humanitaire qui s'appliquent dans le contexte d'une catastrophe, qu'elle soit naturelle ou technologique, en temps de paix²⁰. Plus précisément, les éléments essentiels du DIIC ont été définis comme suit: «les législations, règles et autres principes propres à faciliter l'accès aux victimes, coordonner et améliorer les interventions internationales lors de catastrophes ne résultant pas de conflits, et à en rendre compte, y compris les activités de préparation aux catastrophes sur le point de se produire ainsi que la conduite des opérations de sauvetage et d'aide humanitaire»²¹.

13. Les catastrophes n'ont pas été considérées comme étant elles-mêmes une source directe d'obligations et de droits internationaux. Elles ont néanmoins parfois conduit à la conclusion d'accords internationaux²². Aujourd'hui, le DIIC se compose d'un corpus relativement important de normes conventionnelles, y compris un certain nombre d'accords multilatéraux (à la fois mondiaux et régionaux)²³, ainsi qu'un réseau étoffé de traités bilatéraux qui sont apparus en

¹⁸ E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite des affaires des nations et des souverains*, texte de 1758, livres I, II, III, IV. Neuchâtel: De l'imprimerie de la société typographique, nouvelle édition, 1777, Livre II, Chap. I, p. 145 et 146. Traduction de Charles G. Fenwick avec une introduction d'Albert de Lapradelle, *Carnegie Institution de Washington*, 1916, vol. III, p. 114.

¹⁹ *Ibid.*, p. 115. Il a noté en même temps que si ce peuple a de quoi payer les vivres qu'on lui fournit il est très permis de les lui vendre à juste prix et «qu'on ne lui doit point ce qu'il peut se procurer lui-même et par conséquent on n'est point obligé de lui donner pour rien des choses qu'il est en état d'acheter».

²⁰ Hoffman, *supra*, note 17, p. 13.

²¹ Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, «Droit international des interventions lors de catastrophes (DIIC): Rapport sur l'Initiative pour le DIIC 2002-2003», 2003, p. 15.

²² J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical perspective* (A. J. Sijthoff-Leyde, 1973), p. 47.

²³ Seuls deux grands accords multilatéraux traitant spécifiquement des secours en cas de catastrophe ont été adoptés pendant la période de l'après-guerre, à savoir la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique de 1986, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1457, p. 133, et la Convention de

Europe et ailleurs²⁴. Bon nombre de ces accords ont trait à l'entraide, la réglementation des demandes et des offres d'aide, la facilitation de l'entrée sur un territoire souverain, la coopération technique, le partage d'informations et la formation. D'autres dispositions communes portent sur la réglementation de l'accès du personnel et du matériel et leur circulation à l'intérieur du pays, l'entrée des fournitures de secours et les règlements douaniers, le statut, l'immunité et la protection du personnel et le coût des opérations de secours lors de catastrophes²⁵.

14. Autre source possible de règles: le nombre considérable de mémorandums d'accord et d'accords de siège généralement conclus entre des organisations intergouvernementales ou non gouvernementales et des États. Même si bon nombre de ces instruments ont tendance à être adaptés à un contexte particulier, il est possible de discerner un certain nombre de dispositions générales ou communes réputées désormais refléter le point de vue généralement admis en droit international.

Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe (adoptée à la Conférence intergouvernementale sur les télécommunications d'urgence tenue à Tampere (Finlande) du 16 au 18 juin 1998, document ICET-98), mais plusieurs autres traités multilatéraux peuvent aussi présenter un intérêt en ce sens qu'ils traitent de certains aspects des secours en cas de catastrophe dans le contexte des transports terrestres, aériens et maritimes ainsi que des procédures douanières. C'est le cas notamment de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies de 1946, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, p. 15, et vol. 90, p. 327; la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires de 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1397, p. 2; la Convention relative à l'aviation civile internationale de 1944, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 740, p. 295; la Convention visant à faciliter le trafic maritime international de 1965, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 591, p. 265; la Convention relative à l'admission temporaire de 1990, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1762, p. 121; la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (adoptée en 1973 sous les auspices du Conseil de coopération douanière) ainsi que la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers révisée (adoptée à Kyoto en 1999 sous les auspices de l'Organisation mondiale des douanes), qui contiennent des dispositions visant à faciliter le départ, l'entrée ou le transit des fournitures de secours ainsi qu'à assouplir les procédures douanières. Sont également pertinents la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé de 1994 et son protocole de 2005 (*supra*, note 10), qui énoncent, entre autres, l'obligation qui incombe aux États de prévenir et de réprimer les attaques dirigées contre une catégorie spécifique de personnel protégé.

²⁴ Au nombre des accords régionaux figurent l'Accord partiel ouvert du Conseil de l'Europe en matière de prévention, de protection et d'organisation des secours contre les risques naturels et technologiques majeurs, résolution (87) 2 (adoptée par le Comité des ministres le 20 mars 1987) et l'Accord pour l'importation temporaire en franchise de douane, à titre de prêt gratuit et à des fins diagnostiques ou thérapeutiques, de matériel médico-chirurgical et de laboratoire destiné aux établissements sanitaires de 1960, *Journal officiel*, vol. L 131, p. 48 et 49; l'Inter-American Convention to Facilitate Disaster Assistance de l'OEA (adoptée à la vingt et unième session ordinaire de l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains tenue à Santiago (Chili), le 6 juillet 1991); et l'Accord sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence de l'ANASE (adopté à Vientiane, le 26 juillet 2005).

²⁵ «Droit international des interventions lors de catastrophes (DIIC): Rapport sur l'Initiative pour le DIIC 2002-2003», *supra*, note 21, p. 16.

15. En outre, une bonne partie du DIIC s'est développée sous forme de «soft law» notamment à travers des résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil économique et social de l'ONU et d'autres organismes tels que la Conférence internationale de la Croix-Rouge; des déclarations politiques, ainsi que des codes de conduite, des directives opérationnelles et des règles et règlements internes de l'ONU qui fournissent des outils d'interprétation en ce qui concerne la préparation aux catastrophes, la mobilisation des organismes de secours ainsi que la coordination, la facilitation et la conduite des opérations d'aide humanitaire lors de catastrophes²⁶. La résolution contemporaine «fondamentale» est la résolution 46/182 de l'Assemblée générale qui est avec d'autres instruments tels que la résolution de la Conférence internationale de la Croix-Rouge sur les mesures propres à accélérer les secours internationaux²⁷ un des éléments clefs d'un cadre de réglementation en développement fondé sur une série de résolutions de l'Assemblée générale²⁸ et a été complété par d'autres résolutions et d'autres instruments dont le plus récent est le Cadre d'action de Hyogo²⁹.

²⁶ Voir par exemple les «Mesures propres à accélérer les secours internationaux», résolution 6 adoptée à la vingt-troisième Conférence internationale de la Croix-Rouge, in *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, p. 811 à 815 (3^e éd., 1994), résolution 2102 (LXIII) du Conseil économique et social en date du 3 août 1977; la Déclaration de principe relative aux actions de secours en faveur des populations civiles en cas de désastre de 1969, *ibid.*, p. 808; les Recommandations du Conseil de coopération douanière en vue d'accélérer l'acheminement des envois de secours lors de catastrophes du 8 juin 1970, document T2-423; le projet Sphère 2004, Charte humanitaire et normes minimales pour les interventions lors de catastrophes; et le Code de conduite pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les organisations non gouvernementales lors des opérations de secours en cas de catastrophe, annexe VI des résolutions de la vingt-sixième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 1995.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Voir les résolutions de l'Assemblée générale suivantes: 2816 (XXVI) du 14 décembre 1971; 36/225 du 17 décembre 1981; 37/144 du 17 décembre 1982; 39/207 du 17 décembre 1984; 41/201 du 8 décembre 1986; 45/221 du 21 décembre 1990; 48/57 du 14 décembre 1993; 49/139 du 20 décembre 1994; 51/194 du 17 décembre 1996; 52/12 du 12 novembre 1997; 52/172 du 16 décembre 1997; 54/233 du 22 décembre 1999; 55/163 du 14 décembre 2000; 56/103 du 14 décembre 2001; 56/164 du 19 décembre 2001; 56/195 du 21 décembre 2001; 57/150 du 16 décembre 2002; 57/153 du 16 décembre 2002; 58/177 du 22 décembre 2003 et 59/231 du 22 décembre 2004.

²⁹ Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015: Pour des nations et des collectivités résilientes face aux catastrophes, adopté le 22 janvier 2005 à la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes, document A/CONF.206/6, résolution 2.

Applicabilité du droit international humanitaire et d'autres règles pertinentes de droit international

16. En général, pour tous les commentateurs des efforts de développement du DIIC, le droit international humanitaire sert de point de référence et de comparaison³⁰. Les liens entre ces deux domaines résultent d'une tradition humanitaire commune et des missions respectives spécifiques du Comité international de la Croix-Rouge et de la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Il n'est pas certain que le DIIC se développe sur le modèle du droit international humanitaire³¹, mais il existe des exemples de règles du droit international humanitaire qui seraient applicables à la fourniture de secours en cas de catastrophe, ne serait-ce que par analogie.

17. De même, certains principes et aspects d'autres règles de droit international telles que celles qui ont trait à l'environnement, aux droits de l'homme, aux réfugiés et aux personnes déplacées à l'intérieur de leur pays peuvent présenter un intérêt dans le cadre juridique plus large des secours en cas de catastrophe.

Systématisation par la codification et le développement progressif

18. Bien que l'on reconnaisse de plus en plus l'existence du DIIC, on relève aussi l'absence d'un ensemble cohérent de règles constituant un corpus unifié de normes³². Des propositions de codification ont été formulées dès la fin du XIX^e siècle et il a été suggéré par la suite sans succès d'étendre l'application du «droit de Genève» ou droit international humanitaire aux victimes de catastrophes. La création de l'Union internationale de secours en 1927³³ sous les auspices de la Société des Nations a été la première grande tentative qui ait été faite au XX^e siècle pour mettre en place un cadre juridique et institutionnel pour la fourniture de secours internationaux en cas de catastrophe. Dans le préambule de la Convention portant création de l'Union, il est indiqué

³⁰ Hoffmann, *supra*, note 17, p. 14 et 15.

³¹ *Ibid.*, p. 15.

³² «International Disaster Response Law: A Preliminary Overview and Analysis of Existing Treaty Law», Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, janvier 2003, p. 2.

³³ Créée en vertu de la Convention établissant une Union internationale de secours, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 135, p. 247, qui est entrée en vigueur en 1932 avec 30 États parties. Voir Bradford Morse, «Practice, Norms and Reform of International Rescue Operations», *Recueil des Cours...*, vol. 154 (1977-IV), p. 132 et 133.

expressément que l'un des buts de cette dernière est de «préparer tout progrès du droit international dans ce domaine».

19. Bien que l'Union se soit révélée en grande partie inefficace et ait été remplacée dans sa tâche par l'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées, plusieurs propositions de codification de certains aspects du DIIC ont continué à être formulées par la suite³⁴. À l'ONU, dès 1971, l'Assemblée générale, dans la résolution 2816 (XXVI), a invité les gouvernements des pays appelés à bénéficier d'une aide à envisager l'adoption de mesures appropriées, législatives ou autres, pour faciliter la réception de l'aide, notamment en ce qui concerne les droits de survol et d'atterrissage et les privilèges et immunités nécessaires aux équipes de secours. Au début des années 80, une étude a été réalisée, à l'initiative du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe, sur la possibilité de négocier l'élaboration d'un instrument sur les opérations de secours en cas de catastrophe. Cette étude a été ultérieurement examinée en 1983 par un groupe de spécialistes du droit international présidé par le Président de la Commission du droit international de l'époque, ce qui a débouché sur une proposition du Secrétaire général tendant à l'élaboration d'un projet de convention internationale sur l'accélération de l'acheminement des secours d'urgence³⁵. Cette proposition n'a pas été examinée plus avant après sa présentation initiale au Conseil économique et social en 1984. Une proposition ultérieure d'élaboration d'une convention sur le devoir d'assistance humanitaire présentée à la fin des années 80 n'a pas non plus été approuvée en raison en grande partie de la résistance opposée par plusieurs grandes organisations non gouvernementales³⁶. Une initiative analogue a été prise lors de la quinzième session, tenue au Caire en 1989, du Conseil mondial de l'alimentation (du Programme alimentaire mondial) qui était saisi d'une proposition d'élaboration d'un accord

³⁴ Par exemple, en 1980, l'Association de droit international, lors de sa cinquante-neuvième conférence tenue à Belgrade, a adopté un rapport auquel était annexé un projet d'accord de coopération dans la fourniture de secours en cas de catastrophe. Voir Association de droit international, *Report of the Fifty-ninth Conference*, tenue à Belgrade (1982), p. 5.

³⁵ Voir document A/39/267/Add.1-E/1984/96/Add.2.

³⁶ Voir document A/45/587, par. 43 et 44. Une résistance analogue avait été opposée précédemment à une proposition d'examen d'un nouvel ordre international humanitaire qui impliquait entre autres l'élaboration d'un cadre internationalement reconnu de principes juridiques généraux régissant les relations entre les peuples et les nations en temps de guerre et en temps de paix. Voir document A/40/348.

international pour garantir le transport en toute sécurité de l'aide alimentaire d'urgence aux populations touchées par les troubles civils, la guerre et les catastrophes naturelles³⁷.

20. Résumant la situation en 1990, le Secrétaire général, dans son rapport sur l'assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre, a de nouveau pris acte du fait que l'élaboration de nouveaux instruments juridiques était jugée souhaitable pour surmonter les obstacles qui entravent la fourniture de l'aide humanitaire mais s'est borné à indiquer que l'on pourrait envisager «de nouveaux instruments juridiques: déclarations des droits des sinistrés à recevoir des secours, accords bilatéraux entre pays donateurs et pays bénéficiaires ou entre ceux-ci, etc.»³⁸.

21. L'idée de mettre en place un cadre juridique pour l'assistance internationale en cas de catastrophe naturelle et d'urgence écologique a été relancée ces dernières années. Dans son rapport de 2000 sur le renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies³⁹, le Secrétaire général a fait observer qu'un tel cadre permettrait de mettre en lumière les responsabilités des pays fournissant et recevant une assistance. En conséquence, il a suggéré que les États Membres envisagent d'élaborer une convention sur le déploiement et l'utilisation d'équipes internationales de recherche et de secours en zone urbaine, affirmant ce qui suit:

«Cette convention offrirait un cadre opérationnel pour les questions complexes, comme l'utilisation de l'espace aérien, les règlements douaniers en matière d'importation d'équipement et les responsabilités respectives des pays bénéficiaires et des pays

³⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 19 (A/44/19)*, première partie. À sa seizième session à Bangkok en 1990, le Directeur exécutif du Conseil a été prié par la réunion des ministres du Conseil de tenir «avec toutes les institutions concernées d'autres consultations sur l'élaboration de directives concernant des mesures plus efficaces pour assurer le transport en toute sécurité de l'aide alimentaire d'urgence». Il a également été recommandé que le Secrétaire général envisage de demander le soutien de l'Assemblée générale pour rédiger un projet d'accord international. Ibid., *quarante-cinquième session, Supplément n° 19 (A/45/19)*. Voir aussi Conseil mondial de l'alimentation, *conclusions de la Réunion des ministres à Bangkok (Thaïlande)*, par. 31.

³⁸ Document A/45/587, par. 41 et 45.

³⁹ Document A/55/82-E/2000/61.

donateurs, qui doivent être réglées avant l'envoi d'une assistance internationale pour faire face à une catastrophe naturelle soudaine.»⁴⁰.

22. De même, dans son *Rapport sur les catastrophes dans le monde* (2000), la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a déploré également en général les progrès limités réalisés sur le plan juridique. Après avoir relevé l'existence dans certains traités d'éléments pouvant servir de cadre juridique aux opérations de secours humanitaires, elle a décrit la situation comme suit:

«Une lacune essentielle reste à combler. Il n'existe aucune source largement acceptée de droit international qui énonce les normes juridiques, les procédures, les droits et les obligations se rapportant à l'intervention et à l'assistance en cas de catastrophe. Aucune tentative systématique n'a été faite pour regrouper les éléments épars du droit existant, donner un caractère officiel au droit coutumier ou trouver de nouveaux moyens d'expansion et de développement du droit.»⁴¹.

23. En outre, une importance accrue a été accordée aux aspects réduction et prévention des risques du sujet à la suite de l'adoption de la Déclaration de Hyogo et du cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015 dans lequel il est expressément demandé d'envisager d'assurer

⁴⁰ Ibid., par. 135 m).

⁴¹ Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *World Disasters Report, Focus on Public Health* (2000), p. 145. En 2001, la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a entrepris une étude sur l'adéquation des mécanismes juridiques et autres existants pour faciliter les activités humanitaires à la suite de catastrophes naturelles et technologiques. Cette étude a pour but de déterminer quels sont les problèmes juridiques les plus courants qui se posent dans le cadre des interventions internationales lors de catastrophes, d'analyser le champ d'application et la mise en œuvre des normes internationales existantes et de proposer des solutions pour combler les lacunes. Voir Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *International Disaster Response Law, Briefing paper*, avril 2003, p. 2, et Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Revised IDRL Strategic Plan, 2005-2007*, disponible sur le site www.ifrc.org/idrl. Dans le préambule de sa résolution 57/150 du 16 décembre 2002, l'Assemblée générale a pris note de cette évolution et a souligné la nécessité d'assurer un suivi intergouvernemental de ce processus, particulièrement en ce qui concerne ses principes, sa portée et ses objectifs. En 2003, la vingt-huitième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (qui regroupait toutes les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et les États parties aux Conventions de Genève de 1949) a demandé à la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et aux sociétés nationales de «jouer un rôle directeur dans les efforts déployés en collaboration avec les États, les Nations Unies et d'autres organismes compétents dans les domaines de la recherche et de la sensibilisation» et de faire rapport à la Conférence internationale en 2007. Voir *Objectif final 3.2.6*, vingt-huitième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (décembre 2003). Pour une optique différente sur l'efficacité du recours au droit international dans ce domaine, voir David P. Fidler, «Disaster Relief and Governance after the Indian Ocean Tsunami: what role for international law?», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (2005), p. 471 à 473.

notamment le renforcement des instruments juridiques internationaux pertinents relatifs à la réduction des risques de catastrophes⁴².

4. Proposition d'examen du sujet par la Commission

24. L'objectif de la proposition serait d'élaborer un ensemble de dispositions qui constitueraient un cadre juridique pour la gestion des activités internationales de secours en cas de catastrophe, clarifiant les principes et concepts juridiques fondamentaux et créant ainsi un «espace» juridique qui offrirait une base solide à ce type d'activités. On pourrait utiliser comme modèle la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies de 1946 qui, s'agissant exclusivement des privilèges et des immunités, sert de point de référence pour la conception juridique dominante, et qui est couramment incorporée par référence dans les accords conclus entre les Nations Unies et les États et autres entités. De même, le texte envisagé pour régler les secours en cas de catastrophe pourrait constituer le cadre de référence pour une série d'accords spécifiques entre les divers acteurs concernés, y compris, mais pas uniquement, les Nations Unies.

25. Compte tenu de la nature de ce domaine, qui évolue rapidement, il est prévu que les travaux sur le sujet soient principalement limités à la codification des normes et règles existantes, l'accent étant mis sur le développement progressif selon qu'il conviendra. Il s'agira donc essentiellement de concrétiser les règles existantes en vue de faciliter les activités entreprises sur le terrain, plutôt que d'élaborer inutilement de nouvelles normes qui risqueraient d'entraver ces activités opérationnelles de manière imprévisible.

Vue d'ensemble

a) Champ d'application

26. Comme on l'a déjà mentionné⁴³, il est proposé que la Commission limite initialement le champ d'application *ratione materiae* du sujet aux catastrophes naturelles (catastrophes liées à des aléas naturels), ou au volet «catastrophe naturelle» de situations d'urgence plus vastes. Dans le même temps, on pourrait réfléchir aux implications de l'établissement d'une telle

⁴² Quatrième partie A, par. 22.

⁴³ Voir *supra*, par. 1 et 2.

distinction entre les catastrophes naturelles et les autres, fût-ce en insérant une clause de sauvegarde. En outre, les différentes catastrophes naturelles ont des traits distinctifs différents, qu'il faudrait peut-être analyser au moment de délimiter le champ d'application *ratione materiae*.

27. En ce qui concerne le champ d'application *ratione loci*, le sujet couvrirait principalement les règles relatives au lieu de la catastrophe, mais s'étendrait également au lieu où se déroulent les activités de planification, de coordination et de suivi. *Ratione temporis*, le champ d'application du sujet n'inclurait pas seulement les phases d'intervention lors de la catastrophe, mais aussi les phases pré- et postcatastrophe⁴⁴

28. Pour ce qui est du champ d'application *ratione personae*, la nature du sujet veut que s'il existe une pratique des États, c'est principalement par l'intermédiaire des organes d'organisations intergouvernementales, telles que l'Organisation des Nations Unies, ainsi qu'à travers les activités d'organisations non gouvernementales et autres entités non étatiques, telles que la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qu'une grande part de l'action est menée et, en conséquence, qu'une grande part de l'élaboration de normes juridiques a lieu. Alors que les instruments antérieurs tendent à exclure les organisations non gouvernementales de leur champ d'application, explicitement ou implicitement, il est proposé que la Commission adopte une approche plus large et couvre également le personnel de ces organisations. Cela serait conforme aux tendances actuelles, comme le montre la démarche adoptée dans la Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe, qui étend, par exemple, les dispositions relatives aux privilèges et immunités aux membres du personnel des organisations non gouvernementales qui s'occupent de fournir une aide en matière de télécommunication conformément à la Convention⁴⁵. Cela serait également conforme à la réalité contemporaine selon laquelle une part considérable de la

⁴⁴ Voir *supra*, note 16.

⁴⁵ De même, dans le cadre du régime de protection établi par la Convention des Nations Unies sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (voir *supra*, note 10), l'Assemblée générale, dans sa résolution 58/82 du 9 décembre 2003, a, entre autres, noté que le Secrétaire général avait rédigé une clause standard à faire figurer dans les accords conclus entre l'Organisation des Nations Unies et les organisations non gouvernementales ou organismes humanitaires afin qu'il soit clair que la Convention s'applique aux personnes déployées par ces organisations ou organismes. Voir le document A/58/187.

composante opérationnelle des opérations de secours en cas de catastrophe est assurée par des organisations non gouvernementales.

29. Étant donné que les obligations internationales existantes en matière de droits de l'homme s'appliquent dans le contexte des catastrophes naturelles, sous réserve de la possibilité d'y déroger en situation d'urgence, dans la mesure autorisée dans le droit international applicable, il pourrait également être nécessaire d'examiner les implications, en matière de droits de l'homme, du sort des victimes de ces catastrophes, en particulier en ce qui concerne le droit à la protection et à l'accès aux secours ainsi que les besoins essentiels. On peut se borner à réaffirmer l'obligation qui incombe à l'État touché de respecter et de garantir les droits de l'homme de toutes les personnes qui se trouvent sur son territoire. Cette réaffirmation peut également être l'un des facteurs permettant de déterminer l'importance à accorder au champ d'application du sujet *ratione personae*.

b) Définitions

30. La définition des principaux concepts qui seraient couverts par le texte envisagé constituerait un élément important du travail à entreprendre. La définition des expressions «catastrophe naturelle» et «aléas naturels»⁴⁶ servirait à distinguer les autres types de catastrophe, tels que les «catastrophes technologiques».

31. Parmi les expressions qui ont été définies dans divers textes concernant, notamment, la fourniture de secours en cas de catastrophe, figurent les exemples suivants: «personnel chargé des secours en cas de catastrophe», «biens appartenant au personnel chargé des secours en cas de catastrophe», «envoi de secours», «opération de secours des Nations Unies», «secours internationaux en cas de catastrophe», «État ou organisation fournisseurs d'aide», «État bénéficiaire», «État de transit», «ressources militaires et de la protection civile», «fournitures de secours», «services de secours», «atténuation des effets des catastrophes», «risque de

⁴⁶ Le Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015 (voir *supra*, note 29), met l'accent sur la réduction de la vulnérabilité et de l'exposition à un «aléa» qui est défini comme suit: «manifestations physiques, phénomènes ou activités humaines susceptibles d'occasionner des pertes en vies humaines ou des préjudices corporels, des dommages aux biens, des perturbations sociales et économiques ou une dégradation de l'environnement. Font partie des aléas les conditions latentes qui peuvent à terme constituer une menace. Celles-ci peuvent avoir des origines diverses: naturelles (géologiques, hydrométéorologiques ou biologiques) ou anthropiques (dégradation de l'environnement et risques technologiques)» (note 2).

catastrophe», «risque pour la santé», «organisation non gouvernementale», «entités non étatiques» et «télécommunications».

32. En outre, il pourrait être envisagé d'inclure des expressions techniques spécifiques relatives à certains aspects opérationnels des secours en cas de catastrophe, si toutefois on décide de traiter ces questions.

c) Principes fondamentaux

33. Les activités contemporaines de protection des personnes en cas de catastrophe reposent sur un certain nombre de principes fondamentaux. Nombre d'entre eux reflètent les principes existants en matière d'aide humanitaire, c'est-à-dire des principes applicables dans un contexte ne se limitant pas aux secours d'urgence en cas de catastrophes naturelles, mais qui sont tout aussi valides. D'autres sont issus de domaines tels que le droit international des droits de l'homme. Si la résolution 46/182 de l'Assemblée générale en date du 19 décembre 1991, dans laquelle l'Assemblée a adopté, entre autres, un ensemble de principes directeurs concernant l'aide humanitaire d'urgence, est largement considérée comme l'instrument clef, d'autres énoncés de principes similaires existent⁴⁷. Tous ont en commun de souligner l'importance de l'aide humanitaire pour les victimes des catastrophes naturelles et autres situations d'urgence.

34. Ces principes sont notamment les suivants⁴⁸:

- *Le principe d'humanité* – Il faut répondre aux souffrances humaines où qu'elles existent, et respecter et protéger la dignité et les droits de toutes les victimes;
- *Le principe de neutralité* – La fourniture d'une aide humanitaire s'effectue en dehors du contexte politique, religieux, ethnique ou idéologique;
- *Le principe d'impartialité* – La fourniture d'une aide humanitaire s'appuie sur une évaluation des besoins effectuée conformément aux normes internationalement reconnues, en accordant la priorité aux situations de détresse les plus urgentes et conformément au principe de non-discrimination;

⁴⁷ Voir, par exemple, Le Code de conduite pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les ONG lors des opérations de secours en cas de catastrophe (voir *supra*, note 26).

⁴⁸ Sans préjudice de l'applicabilité de certains des principes à un niveau plus général.

- *Le principe du plein respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale des États, conformément à la Charte des Nations Unies* – L'aide humanitaire doit être fournie avec le consentement du pays touché;
- *Le principe de l'accès* – Les États dont les populations ont besoin d'une aide humanitaire doivent faciliter la mise en œuvre de l'aide humanitaire par les organisations intergouvernementales et non gouvernementales, notamment l'apport de nourriture, de médicaments, d'abris et de soins médicaux, pour lesquelles un accès sans restriction aux zones touchées et aux victimes est indispensable;
- *Le principe de non-discrimination* – Les secours doivent être apportés sans discrimination aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance, d'âge, de handicap ou de toute autre situation;
- *Le principe de responsabilité* – Les organismes d'aide humanitaire et les autres entités qui fournissent une aide humanitaire doivent rendre des comptes aux personnes qu'ils aident et à celles dont ils acceptent des ressources;
- *Le principe de coopération* – La coopération internationale⁴⁹ doit être mise en œuvre conformément au droit international et dans le respect des législations nationales;
- *Le principe de protection* – C'est à chaque État qu'il incombe, au premier chef, de prendre soin des victimes de catastrophes naturelles et autres situations d'urgence survenant sur son territoire;
- *Le principe de sécurité* – La sûreté et la sécurité des travailleurs humanitaires, de leur matériel et de leurs biens est la base sur laquelle cette aide est fournie;
- *Le principe de prévention* – Les États doivent revoir les législations et politiques existantes en vue d'intégrer des stratégies de réduction des risques de catastrophe dans tous leurs instruments juridiques, moyens d'action et outils de planification

⁴⁹ Tant entre États qu'entre l'État touché et les organismes qui participent à l'opération de secours internationaux en cas d'urgence.

pertinents, aux échelons national et international, afin de parer à la vulnérabilité aux catastrophes;

- *Le principe d'atténuation* – Les États doivent prendre des mesures opérationnelles pour diminuer les risques de catastrophe aux échelons local et national en vue de réduire au minimum les effets d'une catastrophe naturelle à l'intérieur et au-delà de leurs frontières.

35. Il faudrait déterminer à la fois dans quelle mesure ces principes correspondent à des obligations juridiques des États et à des droits des particuliers spécifiques et s'ils s'appliquent à un niveau plus général.

d) Dispositions spécifiques

36. Il est proposé que la Commission examine également un certain nombre de questions juridiques spécifiques ayant trait aux aspects opérationnels de la fourniture de secours en cas de catastrophe. Ces questions ne seraient pas limitées aux lacunes que présente le cadre juridique actuel. L'approche serait plus holistique et viserait à couvrir la plupart des aspects juridiques des activités entreprises dans ce domaine – ne serait-ce que de manière générale.

37. Dans l'appendice ci-après sont énumérés les points à prendre en considération dans tout instrument juridique dans ce domaine.

Appendice

Ébauche proposée

1. Dispositions générales
 - a) Champ d'application
 - b) Définitions
2. Principes applicables
 - a) Humanité
 - b) Neutralité

- c) Impartialité
- d) Souveraineté et intégrité territoriale des États, conformément à la Charte des Nations Unies
- e) Accès
- f) Non-discrimination
- g) Responsabilité
- h) Coopération
- i) Protection
- j) Sécurité
- k) Prévention
- l) Atténuation

3. Secours en cas de catastrophe et protection

- a) Droit des victimes à la protection, à la sûreté et à la sécurité
- b) Droit des victimes d'avoir accès aux secours en cas de catastrophe et besoins essentiels
- c) Obligation de l'État bénéficiaire de protéger le personnel chargé des secours en cas de catastrophe, ainsi que les biens, les locaux, les installations, les moyens de transport, les envois de secours et l'équipement à utiliser dans le cadre de l'aide

4. Fourniture de secours en cas de catastrophe

- a) Conditions de la fourniture d'une aide
- b) Offres et demandes d'aide
- c) Coordination

- d) Communications et échanges d'informations
- e) Distribution et utilisation des secours en cas de catastrophe
- f) Coûts afférents aux opérations d'intervention lors des catastrophes
- g) Conformité aux lois, normes et règlements nationaux
- h) Responsabilité civile
- i) Assurance

5. Accès

- a) Personnel
 - i) Visas, autorisations d'entrée et de travail
 - ii) Reconnaissance des qualifications professionnelles
 - iii) Liberté de circulation
 - iv) Statut
 - v) Identification
 - vi) Privilèges et immunités
 - vii) Prescriptions en matière de notification
- b) Envois de secours
 - i) Douanes, droits de douane, tarifs douanier et quarantaine
 - ii) Statut
 - iii) Transport et transit de marchandises
 - iv) Prescriptions en matière de notification
 - v) Identification

6. Réduction des catastrophes et atténuation des risques

- a) Alerte rapide
- b) Activités de coordination
- c) Formation et échange d'informations.

Selected bibliography

1. Books

- Alexander, D., *Natural Disasters* (London: UCL Press, 1993).
- Alexander, D., *Confronting Catastrophe: New perspectives on Natural Disasters* (New York: Oxford University Press, 2000).
- Beigbeder, Y., *The Role and Status of International Humanitarian Volunteers and Organizations: The Right and Duty to Humanitarian Assistance* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991).
- Brown, B.J., *Disaster Preparedness and the United Nations: Advance Planning for Disaster Relief* (New York: Pergamon Press, 1979).
- Dynes, R.R., *Organized Behavior in Disaster* (Lexington, Massachusetts: Heath Lexington Books, 1970).
- El Baradei, M., *Model Rules for Disaster Relief Operations* (New York: United Nations Institute for Training and Research, 1982).
- Fidler, D.P., *International Law and Infectious Diseases* (New York: Oxford University Press, 1999).
- Green, S., *International Disaster Relief: Toward A Responsive System* (New York: McGraw-Hill, 1977).
- Holborn, L. W., *The International Refugee Organization, A Specialized Agency of the United Nations: Its History and Work, 1946-1956* (London/New York: Oxford University Press, 1956).
- International Strategy for Disaster Reduction (ISDR), *Living with Risk: A Global Review of Disaster Reduction Initiatives*, vols. I and II (2004).
- Kälin, W., *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations* (Studies in Transnational Legal Policy, Washington D.C., The American Society of International Law and the Brookings Institution, vol. 32, 2000).
- Macalister-Smith, P., *International Humanitarian Assistance: Disaster Relief Actions in International Law and Organization* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985).
- Pan American Health Organization, *Humanitarian Assistance in Disaster Situations: A Guide for Effective Aid* (PAHO/WHO Emergency Preparedness and Disaster Relief Coordination Program, Washington D.C., 1999).
- Posner, R., *Catastrophe: Risk and Response* (New York: Oxford University Press, 2004).
- Ramcharan, B.G., *The International Law and Practice of Early-Warning and Preventive Diplomacy: The Emerging Global Watch* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991).

2. Articles and other documents

- Alexander, D., "The Study of Natural Disasters, 1977-1997: Some Reflections on a Changing Field of Knowledge", *Disasters*, vol. 21, No. 4 (1997), pp. 284-304.
- Awoonor, K.N., "The Concerns of Recipient Nations", in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York, Routledge, 1999), pp. 63-81.
- Bannon, V. and Fisher, D., "Legal Lessons in Disaster Relief from the Tsunami, the Pakistan Earthquake and Hurricane Katrina", *ASIL Insight*, 15 March 2006, The American Society of International Law, accessed at <<http://www.asil.org/insights/2006/03/insights060315.html>> on 23 March 2006.

- Baudot-Quéguiner, E., “The laws and principles governing preparedness, relief and rehabilitation operations: the unique case of the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies”, International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice : Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 128-137.
- Berramdane, A., «L’obligation de prévention des catastrophes et risques naturels», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, Tome 113 (1997), pp. 1717-1751.
- Bettati, M., «Un droit d’ingérence?», *Revue générale de droit international public*, Tome 95 (1991), pp. 639-670.
- Bothe, M., “Relief Actions”, in Rudolph Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam: Elsevier Science Publishers), vol. 4, 2000, p. 168.
- Bothe, M. “Relief Actions: The Position of the Recipient State”, in Frits Kalshoven (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers Delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict*, The Hague, 22-24 June 1988 (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989).
- Bothe, M. «Rapport spécial sur un projet d’accord-type relatif aux actions de secours humanitaires», Committee on International Medical and Humanitarian Law, *International Law Association, Report on the 58th Conference, Belgrade*, 1978, pp. 461-466.
- Bothe, M. «Rapport spécial sur un projet d’accord-type relatif aux actions de secours humanitaires», Committee on International Medical and Humanitarian Law, *International Law Association, Report on the 59th Conference, Belgrade*, 1980, pp. 520-527.
- Brown, B.J., “An Overview of the Structure of the Current System”, in Stephens, L.H. and Green, S.J. (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches* (New York: New York University Press, 1979), pp. 3-25.
- Burley, L.A., “Disaster Relief Administration in the Third World”, *International Development Review*, vol. 1 (1973), pp. 8-12.
- Callamard, A., “Accountability to disaster-affected populations”, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice : Reflections, Prospects, and Challenges*, International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, 2003, pp. 153-164.
- Caron, D., “Addressing Catastrophes: Conflicting Images of Solidarity and Separateness”, in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 3-29.
- Coursen-Neff, Z., “Preventive Measures Pertaining to Unconventional Threats to the Peace such as Natural and Humanitarian Disasters”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 30 (1998), pp. 645-707.
- de La Pradelle, «L’organisation des secours en cas de désastre naturel», Committee on International Medical Law, *International Law Association, Report on the 55th Conference, New York*, 1972, pp. 317-327.
- de La Pradelle, «L’organisation des secours en cas de désastre naturel», Committee on International Medical and Humanitarian Law, *International Law Association, Report on the 57th Conference, Madrid*, 1976, pp. 309-320.
- Ebersole, J.M. “The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies, Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance”, *Human Rights Quarterly*, vol. 1 (1995), pp. 192-208.
- El-Khawas, M., “A reassessment of international relief programs”, in Glantz, M.H. (ed.), *The Politics of Natural Disaster: The Case of the Sahel Drought* (New York: Praeger, 1976).

Farah, A.A., "Responding to Emergencies: A View from Within", in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York: Routledge, 1999), pp. 259-274.

Fidler, D.P., "The Indian Ocean Tsunami and International Law", *ASIL Insight*, January 2005, The American Society of International Law, accessed at <<http://www.asil.org/insights/2005/01/insight050118.htm>>, on 31 October 2005.

Fidler, D.P., "Disaster Relief and Governance after the Indian Ocean Tsunami: What Role for International Law?", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (2005), pp. 458-473.

Finucane, A., "The Changing Roles of Voluntary Organizations", in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York: Routledge, 1999), pp. 175-190.

Fischer, H., "International Disaster Response Law Treaties: Trends, Patterns, and Lacunae", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 24-44.

Fischer, H., "International Disaster Response Law: A Preliminary Overview and Analysis of Existing Treaty Law", in International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges* (2003).

Fonrouge, J.M., «Droit international: approche des problèmes liés à la survenue des catastrophes technologiques ou naturelles», *Médecine de catastrophe – urgences collectives*, Tome 1, nr. 4/5 (1998), pp. 113-123.

Gold, J., "Natural disasters and Other Emergencies Beyond Control: Assistance by the IMF", *The International Lawyer*, vol. 24 (1990), pp. 621-641.

Goldstein, R.J., "Proposal for Institutionalization of Emergency Response to Global Environmental Disasters", *Pace Yearbook of International Law*, vol. 4 (1992), pp. 219-240.

Gostelow, L. "The Sphere Project: The Implications of Making Humanitarian Principles and Codes Work", *Disasters: The Journal of Disaster Studies, Policy and Management*, vol. 23, No. 4 (1999), pp. 316-325.

Green, S.J., "Expanding Assistance for National Preparedness and Prevention Programs", in Stephens, L.H. and Green, S.J. (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches* (New York: New York University Press, 1979), pp. 83-103.

Gunn, S. W. A., "The Language of Disasters: A Brief Terminology of Disaster Management and Humanitarian Action", in Cahill, K.M., *Basics of International Humanitarian Missions* (New York: Fordham University Press and The Center for International Health and Cooperation, 2003), pp. 35-46.

Hardcastle, R.J. and Chua, A.T.L., "Humanitarian Assistance: Towards a Right of Access to Victims of Natural Disasters", *International Review of the Red Cross*, No. 325 (1998), pp. 589-609.

Hardcastle, R. and Chua, A., "Victims of Natural Disaster : The Right to Receive Humanitarian Assistance", *The International Journal of Human Rights*, vol. 1, No. 4 (1997), pp. 35-49.

Helton, A.C., "The Legality of Providing Humanitarian Assistance Without the Consent of the Sovereign", *International Journal of Refugee Law*, vol. 4 (1992), pp. 373-375.

Helton, A.C., "Legal Dimensions of Responses to Complex Humanitarian Emergencies", *International Journal of Refugee Law*, vol. 10 (1998), pp. 533-546.

Hoffman, M., "Towards an international disaster response law", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report 2000* (2000), pp. 144-157.

- Hoffman, M., "What is the scope of international disaster response law?", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice : Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 13-20.
- Holland, G.L., "Observations on the International Decade for Natural Disaster Reduction", *Natural Hazards*, vol. 2 (1989), pp. 77-82.
- Jakovljević, B., "The Right to Humanitarian Assistance: Legal Aspects", *International Review of the Red Cross*, vol. 27, No. 260 (1987), pp. 469-484.
- Jakovljević, B., "International Disaster Relief Law", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34 (2004), pp. 251-286.
- Jakovljević, B. and Patnogić, J., "Protection of Human Beings in Disaster Situations – A Proposal for Guiding Principles", in International Institute of Humanitarian Law *Collection of Publications*, No. 8, San Remo, 1989.
- Kalshoven, F., "Assistance to the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters", in Kalshoven, F. (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict*, The Hague, 22-24 June 1988 (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 13-26.
- Katoch, A., "International Disaster Response and the United Nations", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 47-56.
- Leben, C., «Vers un droit international des catastrophes», in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 31-91.
- Lienhard, C., «Pour un droit des catastrophes», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, n° 13 (1995), pp. 91-98.
- Macalister-Smith, P., "Disaster Relief: Role of International Law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45 (1985), pp. 25-43.
- Macalister-Smith, P., "The International Relief Union: Reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927", *Legal History Review - Revue d'histoire du droit*, vol. 54 (1986), pp. 363-374.
- Macalister-Smith, P., «Les organisations non gouvernementales et la coordination de l'assistance humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Tome 27, n° 767 (1987), pp. 524-531.
- Macalister-Smith, P., "The right to humanitarian assistance in international law", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques – The International Law Review*, vol. 66, No. 3 (1988), pp. 211-233.
- Macalister-Smith, P., *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (1991).
- Okere, B. and Makawa, E.M., "Global Solidarity and the International Response to Disasters", in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 429-456.
- Owen, D., "Obligations and Responsibilities of Donor Nations", in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York: Routledge, 1999), pp. 52-62.
- Patnogić, J., "Some Reflections on Humanitarian Principles Applicable in Relief Actions", in Swinarski, C. (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (Geneva/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1984), pp. 925-936.

Petit, E.W., «Les actions d'urgence dans les catastrophes: évolution des activités des organisations interétatiques et des organisations non gouvernementales», in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 537-589.

Rabin, R., "Dealing with Disasters: Some Thoughts on the Adequacy of the Legal System", *Stanford Law Review*, vol. 30 (1978), pp. 281-298.

Romano, C.P.R., «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 379-428.

Samuels, J.W., "Organized Responses to Natural Disasters", in Macdonald, R.S.J., Johnson, D.M., and Morris, G.L. (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare* (Sijthoff & Noordhoff - Alphen aan den Rijn, 1978), pp. 675-690.

Samuels, J.W., "The Relevance of International Law in the Prevention and Mitigation of Natural Disasters", in Stephens, L.H. and Green, S.J. (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches* (New York: New York University Press, 1979), pp. 245-266.

Ségur, P., «La catastrophe et le risque naturels: essai de définition juridique», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Tome 113 (1997), pp. 1693-1716.

Shibata, A., "Creating an International Urgent Assistance Mechanism in Case of Natural and Industrial Catastrophes", in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (2001), pp. 457-535.

Slim, H., "By What Authority? The Legitimacy and Accountability of Non-governmental Organisations", *The Journal of Humanitarian Assistance* (2002), accessed at <<http://www.jha.ac/articles/a082.htm>> on 13 July 2006.

Thouvenin, J.-M., «L'internationalisation des secours en cas de catastrophe naturelle», *Revue générale de droit international public*, Tome 102 (1998-2), pp. 327-363.

Toman, J. "Towards Disaster Relief Law: Legal Aspects of Disaster Relief Operations", in Kalshoven, F. (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict*, The Hague, 22-24 June 1988 (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 181-199.

Tsui, E., "Initial Response to Complex Emergencies and Natural Disasters", in Cahill, K.M., *Emergency Relief Operations* (New York: Fordham University Press and the Center for International Health and Cooperation, 2003).

Walker, P., "Victims of natural disaster and the right to humanitarian assistance: a practitioner's view", *International Review of the Red Cross*, vol. 325 (1998), p. 611.

Walter, J. (ed.), "Risk Reduction: Challenges and Opportunities", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report 2002* (2002), pp. 9-39.

Walter, J. (ed.), "Accountability: a question of rights and duties", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report 2002* (2002), pp. 149-169.

Westgate, K.N. and O'Keefe, P., *Some Definitions of Disaster*, University of Bradford Disaster Research Unit, Occasional Paper No. 4 (June 1976).

3. Selected United Nations documents

Assistance in Cases of Natural Disaster, Report of the Secretary-General, document A/5845, 5 January 1965.

Assistance in Cases of Natural Disaster, Comprehensive report of the Secretary-General, document E/4994, 13 May 1971.

Office of the United Nations Disaster Relief Coordinator, Report of the Secretary-General, document A/32/64, 12 May 1977.

New International Humanitarian Order, Report of the Secretary-General, document A/40/348 and Add.1, 9 October 1985.

Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situations, Report of the Secretary-General, document A/45/587, 24 October 1990.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, Addendum, document A/49/177/Add.1 - E/1994/80/Add.1, 1 November 1994.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/54/154 – E/1999/94, 15 June 1999.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/55/82 – E/2000/61, 30 May 2000.

Implementation of the International Strategy for Disaster Reduction, Report of the Secretary-General, document A/56/68 – E/2001/63 (and Corr.1, 2 (Arabic only) and 3 (Arabic only)), 8 May 2001.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/56/95 – E/2001/85, 16 June 2001.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/56/307, 20 August 2001.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/57/77 – E/2002/63, 14 May 2002.

Emergency response to disasters, Report of the Secretary-General, document A/57/320, 16 August 2002.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/57/578, 29 October 2002.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/58/434, 14 October 2003.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/59/93 – E/2004/74, 11 June 2004.

Implementation of the International Strategy for Disaster Reduction, Report of the Secretary-General, document A/59/228, 11 August 2004.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/59/374, 21 September 2004.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/60/87 – E/2005/78, 23 June 2005.

Implementation of the International Strategy for Disaster Reduction, Report of the Secretary-General, document A/60/180, 1 August 2005.

Report of the Secretary-General on the work of the Organization, *Official Records of the General Assembly, Sixtieth Session, Supplement No. 1 (A/60/1)*, 8 August 2005.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/60/227, 12 August 2005.

Human rights and mass exoduses, Report of the Secretary-General, document A/60/325, 1 September 2005.

Letter dated 31 January 2006 from the Secretary-General addressed to the President of the General Assembly, document A/60/664, 2 February 2006.

Strengthening of the coordination of emergency, humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/61/85 – E/2006/81, 2 June 2006.

Annexe D

Protection des données personnelles dans la circulation transfrontière de l'information (Secrétariat)

1. Il est proposé que la Commission du droit international envisage d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet intitulé «Protection des données personnelles dans la circulation transfrontière de l'information».

A. La nature du problème

2. Recueillir ou stocker des données n'a rien d'une nouveauté. Institutions publiques et personnes privées, tant physiques que morales, pratiquent la collecte de données et la tenue d'archives depuis des temps immémoriaux¹. En revanche, les changements radicaux inimaginables apportés par les progrès de la science et de la technologie depuis la Seconde Guerre mondiale², et plus particulièrement ceux des technologies de l'information et de la communication (TIC)³ depuis les années 60, ont redéfini les modes de production, collecte, stockage, archivage, diffusion et transfert de l'information et des données personnelles. En particulier, l'Internet s'est révélé très puissant comme infrastructure de l'information à l'échelle mondiale en se jouant des frontières physiques traditionnelles et remettant ainsi du même coup en question les conceptions traditionnelles de la souveraineté des États⁴. La circulation électronique des données entre les États est devenue plus facile, meilleur marché, presque instantanée et omniprésente. Le temps et l'espace ont été remarquablement comprimés. Les données générées sont détaillées, retraitables en machine, indexées sur l'individu et permanentes⁵. Les divers acteurs – gouvernements, industrie, autres entreprises et organisations

¹ Daniel J. Solove, «Privacy and Power: Computer Databases and the Metaphors for Information Privacy», *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000-2001), p. 1393 à 1462. L'auteur note, p. 1400, qu'au XI^e siècle Guillaume le Conquérant avait recueilli des renseignements sur ses sujets aux fins de l'impôt. Beaucoup d'États sinon tous procèdent à présent à des recensements périodiques de la population, au cours desquels diverses questions sont posées sur des caractéristiques personnelles très précises.

² Ibid., p. 1402. L'apparition en 1946 du gros ordinateur a révolutionné la collecte d'informations.

³ Ordinateurs, caméras, capteurs, communications sans fil, GPS, biométrie, télédétection et autres.

⁴ Joshua S. Bauchner, «State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: A Case Study of the Privacy debate», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000-2001), p. 1.

⁵ Jerry Kang, «Information Privacy in Cyberspace Transactions», *Stanford Law Review*, vol. 50 (1997-1998), p. 1193, voir p. 1199.

et utilisateurs individuels – sont de plus en plus tributaires des TIC pour leur approvisionnement en biens et services essentiels, la conduite de leurs opérations et l'échange d'information dans une multitude d'activités et entreprises humaines⁶. Chaque jour, des données personnelles sont recueillies sur des particuliers, pour diverses raisons, par des moyens divers et par toutes sortes d'acteurs qui les conservent, tant dans le secteur privé que dans le secteur public⁷. Le partage ou la distribution de ces données de la part de différents acteurs a soulevé de graves questions de respect du droit de chacun à la protection de sa vie privée, qui, il est vrai, ne sont pas neuves⁸.

3. Du fait de la facilité avec laquelle les technologies nouvelles permettent d'identifier et de localiser les sources, ce sont les risques d'atteinte à la vie privée qui ont déclenché le débat⁹. Les avancées technologiques en matière de surveillance des données comme de la technologie audionumérique, le Réseau numérique à intégration de services (RNIS), le téléphone numérique, y compris la localisation par téléphone cellulaire, l'ADN et la biométrie, la boîte noire, les puces de radio-identification (RFID) et les puces implantables connectées au Système mondial de localisation (GPS) ainsi que leur généralisation font que les observateurs et les défenseurs des

⁶ Résolution n° 57/239 de l'Assemblée générale, en date du 20 décembre 2002, sur la création d'une culture mondiale de la cybersécurité. Voir aussi la résolution 59/220 de l'Assemblée en date du 15 février 2005 et le Communiqué ministériel du débat de haut niveau présenté par le Président du Conseil économique et social en 2000, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 3 (A/55/3/Rev.1)*, chap. III, par. 6.

⁷ Il est possible d'avoir accès, par exemple, à l'information stockée dans les fichiers de données informatisées intéressant des personnes physiques et portant sur la banque, les salaires, les voyages, la sécurité sociale, les assurances, ainsi que les inscriptions ou abonnements divers à des clubs, journaux et autres activités sociales de loisirs qui sont à présent faciles à classer dans des fichiers et à traiter.

⁸ Le risque de voir des problèmes de protection de la vie privée se poser dans les relations horizontales entre des personnes physiques ou des personnes morales en tant que personnes physiques est, semble-t-il, ce qui distingue les préoccupations contemporaines de celles des décennies antérieures, où l'on s'intéressait avant tout aux relations verticales entre l'État et les particuliers; voir, en général, le rapport du Secrétaire général sur *Les utilisations de l'électronique qui peuvent affecter les droits de la personne et les limites que devraient comporter ces utilisations dans une société démocratique*, document E/CN.4/1142 et Add.1 et 2 (1973). Voir aussi le rapport du Secrétaire général intitulé *Respect de la vie privée des individus et de l'intégrité et de la souveraineté des nations face aux progrès des techniques d'enregistrement et autres*, document E/CN.4/1116 et Corr.1 et Add.1 à 3 (1974).

⁹ Voir, en général, Steven Hetcher, «Changing the Social meaning of privacy in Cyberspace», *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 15 (2001-2002), p. 149 à 209. Voir aussi Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC), *Privacy Framework*, par. 1. On notera que les progrès de l'interconnectivité ont aussi exposé les systèmes et réseaux d'information à des dangers et révélé des points faibles de plus en plus nombreux et variés, alimentant ainsi les appels à la cybersécurité. Les pirates s'en sont pris à l'intégrité des réseaux. L'Internet a été mis au service de discours de haine et de différentes formes de délinquance, dont la pédopornographie et l'usurpation d'identité.

libertés publiques mettent en garde, dans une métaphore très orwellienne¹⁰, contre le risque de se retrouver dans une société placée sous haute surveillance¹¹.

4. Il ne faut pas s'en étonner, la communauté internationale, récemment, à l'occasion du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), s'est déclarée préoccupée par les questions de confiance et de sécurité dans l'utilisation des TIC et a cherché les moyens de renforcer «l'environnement de confiance», y compris en améliorant la protection de l'information et des données à caractère personnel ainsi que de la vie privée¹². En outre, un appel a été lancé à l'ONU pour qu'elle élabore un instrument juridique contraignant qui définisse dans le détail les droits à la protection des données personnelles et au respect de la vie privée en tant que droits de l'homme exécutoires¹³.

5. Il fut un temps où les sceptiques se demandaient s'il n'y avait pas plus de droit du «cyberespace» qu'il n'existe de «droit du cheval»¹⁴. Ce débat – sur le point de savoir si le cyberespace peut ou devrait être réglementé – s'est pratiquement éteint et n'est plus guère

¹⁰ Voir l'emploi que George Orwell faisait, dans son «1984» (1949), de la métaphore du Grand frère («Big Brother»).

¹¹ Rapport de l'American Civil Liberties Union (ACLU), Jay Stanley et Barry Steinhardt «Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of an American Surveillance Society» (2003), accessible à l'adresse: <http://www.aclu.org/Privacy/Privacylist.cfm?c=39> (consulté le 16 mars 2006).

¹² Sommet mondial sur la société de l'information, documents adoptés, Genève 2003-Tunis 2005. Ce sommet s'est tenu en deux temps, du 10 au 12 décembre 2003 à Genève et du 16 au 18 novembre 2005 à Tunis. La Déclaration de principes de Genève, le Plan d'action de Genève, l'Engagement de Tunis et l'Agenda de Tunis pour la société de l'information sont accessibles sur le site <http://www.itu.int/wsis> (consulté le 16 mars 2006).

¹³ Déclaration de Montreux intitulée «Dans un monde globalisé, un droit universel à la protection des données personnelles et à la vie privée dans le respect des diversités», adoptée par les Commissaires à la protection des données et à la vie privée réunis à Montreux pour leur vingt-septième Conférence internationale, du 14 au 16 septembre 2005, accessible à l'adresse suivante: <http://www.privacyconference2005.org>. Voir aussi l'intérêt pour ce sujet qui s'exprime au paragraphe 51 de la Déclaration des chefs d'État et de gouvernement des pays ayant le français en partage à leur Sommet de Ouagadougou, en novembre 2004:

«Nous sommes convenus d'attacher une importance particulière à la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes, notamment de leur vie privée, dans l'utilisation des fichiers et traitements des données à caractère personnel. Nous appelons à créer ou consolider les règles assurant cette protection. Nous encourageons la coopération internationale entre les autorités indépendantes chargées dans chaque pays de contrôler le respect de ces règles.»

Le Forum sur la gouvernance de l'Internet a aussi désigné la protection de ces données comme l'une des questions qu'il faut discuter; voir, en général, <http://www.intgovforum.org> (consulté le 7 avril 2006).

¹⁴ Frank H. Easterbrook, «Cyberspace and the Law of the Horse», University of Chicago Legal Forum (1996), p. 207 à 216.

qu'un moment dans l'histoire¹⁵. Néanmoins, un certain nombre de thèmes s'en sont dégagés, dont l'un est la question de savoir quels sont les droits et les attentes des utilisateurs de l'espace électronique et numérique en vertu de leur participation au cyberspace et de leur recours croissant aux TIC¹⁶. On peut discerner trois réponses juridiques différentes pour le traitement des problèmes liés à l'informatique¹⁷. De toute évidence, ces réponses ne sont pas si faciles à distinguer, et il y a des chevauchements. En premier lieu, le droit existant a souvent été appliqué à des situations inédites; deuxièmement, le droit existant n'est sans doute pas adéquat mais il n'en est pas moins adapté et appliqué à ces situations inédites; troisièmement, des problèmes nouveaux exigent la création d'un droit nouveau¹⁸. Dans ce droit du cyberspace, on a appliqué ou adapté à cette fin diverses branches du droit pour s'attaquer aux problèmes posés par

¹⁵ Raymond S. R. Ku, Michele A. Faber, Arthur J. Cockfield, *Cyberspace Law: Cases and Materials* (New York, Aspen Law and Business, 2002), p. 37, cité par Van N. Nguy, «Using Architectural Constraints and the Game Theory to Regulate International Cyberspace Behaviour», *San Diego International Law Journal*, vol. 5 (2001), p. 431, voir p. 432.

¹⁶ Les autres thèmes ont trait à la gouvernance: qui devrait gouverner et donc réglementer l'espace électronique et numérique qu'offrent les TIC améliorées et comment faudrait-il réglementer cet espace et quels outils peut-on appliquer à cette fin? En général, les divers acteurs ont répondu à la question de la gouvernance dudit espace en défendant l'une des trois positions suivantes: a) la démarche étatiste traditionnelle, selon laquelle c'est essentiellement l'État qui réglemente les activités liées à l'Internet et aux TIC; b) la démarche libérale, qui perçoit l'Internet et les activités liées aux TIC comme une nouvelle frontière sociale où les règles traditionnelles ne sont ni applicables ni appropriées et où ce sont au contraire l'autonomie et l'autodiscipline qui sont les modèles d'exploitation dominants; enfin, c) une posture plus internationaliste. Dans cette dernière optique, l'universalité et l'interconnexion de l'Internet ainsi que l'avènement d'une société de l'information se prêtent beaucoup mieux à une réglementation par le droit international. Ces attitudes se recourent, s'entremêlent et se renforcent mutuellement. Voir, en général, Viktor Mayer-Schönberger, «The Shape of Governance: Analysing the World Internet Regulation», *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002-2003), qui suggère ces trois types de discours sur le droit du cyberspace, qu'il désigne respectivement comme a) le discours traditionaliste faisant fond sur l'État, b) le discours cyberséparatiste, et c) le discours cyberinternationaliste, et dont il fait en chaque cas la critique. L'autre thème est la question de savoir comment il convient de réglementer cet espace électronique et numérique et quels outils on peut employer à cette fin.

¹⁷ Frits W. Hondius, «Data Law in Europe», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 87 et 88. Les quatre sortes de contraintes qui s'exercent sur les comportements dans la vie ordinaire – l'espace réel, à savoir le droit, les normes sociales, le marché et l'«architecture» – sont toutes en place et elles se conjuguent et interagissent pour donner une interprétation analytique du droit du «cyberspace». Le plus souvent, les divers acteurs intervenant dans la circulation transfrontière des données se sont servis de ces outils pour assurer une réglementation à différents niveaux. Il peut arriver, par exemple, que les pouvoirs publics adoptent une loi sur la protection de la vie privée et que les fournisseurs de lignes et moyens de transmission s'entendent sur un cadre prévoyant les normes de compatibilité technique, les tarifs et les protocoles applicables, que les fournisseurs de services aient leur propre code de protection de la vie privée, que les utilisateurs respectent les règles de conduite de la «netiquette» et que les fabricants se mettent d'accord sur certains codes assurant la compatibilité et la mise en réseau. Voir, en général, Lawrence Lessig, «The Law of the Horse: What Cyberlaw might teach», *Harvard Law Review*, vol. 113 (1999-2000), p. 501 à 549, notamment p. 509, qui définit l'architecture comme «l'univers physique tel que “nous le trouvons” ou “comme il a été fait”. L'architecture du cyberspace est son code – les logiciels et les matériels qui en font ce qu'il est.».

¹⁸ Ibid.

les TIC¹⁹. D'une part, plusieurs branches du droit – contrats, responsabilité civile («torts»), preuve, propriété intellectuelle ou conflit de lois – présentent de l'intérêt pour résoudre les questions que posent l'application et l'utilisation des TIC, mais, d'autre part, la protection des données est un exemple du troisième type de réponse juridique: un droit nouveau à appliquer à une situation nouvelle²⁰. C'est sur cet aspect-là qu'est axée la présente proposition.

Par protection des données, on entend la protection des droits et libertés et des intérêts essentiels de l'individu dans le traitement des renseignements personnels qui le concernent, en particulier lorsque les TIC sont l'auxiliaire des procédures de traitement²¹. Le but recherché est de faire en sorte qu'il n'y ait pas de détournement des données et que les personnes concernées soient et demeurent à même de corriger les erreurs²².

¹⁹ L'Union internationale des télécommunications (UIT) s'intéresse en priorité aux infrastructures institutionnelles et au fonctionnement technique des flux transfrontières de données, cependant que d'autres organisations s'occupent d'élaborer des normes de traitement des données, de transmission des données et de sûreté des données; voir Michael Bothe, «Data, Transborder flow and Protection», *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. One (North-Holland, Amsterdam, Londres, New York, Tokyo, 1992), p. 950 à 961, voir p. 954. En 1985, la CNUDCI avait adopté une recommandation sur la valeur juridique des enregistrements informatiques, que l'Assemblée générale avait entérinée par sa résolution 40/71 du 11 décembre 1985. Voir aussi la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, résolution 60/21 de l'Assemblée générale en date du 23 novembre 2005. Voir encore, par exemple, la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, ainsi que la loi sur le droit d'auteur à l'ère du numérique (Digital Millennium Copyright Act) adoptée aux États-Unis en 1998.

²⁰ Frits W. Hondius, «Data Law in Europe», voir *supra*, note 17 (p. 88).

²¹ *Ibid.*, p. 89.

²² Bradley P. Smith, Book Review «Policing across Natural Boundaries», *Yale Journal of International Law*, vol. 20 (1995), p. 215, voir p. 216 et 217.

B. Aperçu succinct des normes et règles existantes

6. La communauté internationale s'intéresse à la protection des données depuis la fin des années 60²³, le souci général étant d'assurer la liberté de circulation de l'information²⁴. Cette orientation générale implique des conséquences pour les courants d'échanges internationaux, la protection de la propriété intellectuelle et la protection des droits de l'homme, et en particulier du droit au respect de la vie privée. Les diverses démarches adoptées par les États ou l'industrie tendent à accentuer les différences que l'on observe dans la hiérarchie des diverses valeurs. Toutes sortes d'instruments, ayant ou non force obligatoire, de législations nationales et de décisions judiciaires réglementent la matière. Les premiers travaux menés au sein de l'ONU, du Conseil de l'Europe et de l'OCDE trouvèrent leur aboutissement, à partir des années 70, dans l'adoption des instruments «de la première génération» et assurèrent au plan interne les synergies voulues pour la promulgation de législations «de la première génération»²⁵.

²³ Au paragraphe 18 de la Proclamation de Téhéran et dans la résolution XI relative aux droits de l'homme et aux progrès de la science et de la technique, adoptées le 12 mai 1968, la Conférence internationale des droits de l'homme s'inquiétait du risque de voir les découvertes scientifiques et l'évolution de la technique, qui avaient, dans un passé récent, ouvert de vastes perspectives au développement économique, social et culturel, mettre néanmoins en danger les droits et libertés de l'individu. À son tour, dans sa résolution 2450 (XXIII) du 19 décembre 1968, l'Assemblée générale invitait le Secrétaire général à entreprendre une étude des problèmes que les développements de la science et de la technologie posaient du point de vue des droits de l'homme. Voir les rapports cités *supra*, note 8. La Commission des droits de l'homme fut finalement saisie de la question. Voir, par exemple, sa résolution 10 (XXVII) du 18 mars 1971. De son côté, le Conseil de l'Europe avait créé en 1968 le Comité d'experts chargé de l'harmonisation des instruments juridiques de programmation des données introduites dans les ordinateurs, et l'OCDE constitué en 1969 son premier groupe d'experts, le Sous-Groupe sur les banques de données, le suivant, dénommé Groupe ad hoc d'experts sur les obstacles au mouvement transfrontière des données et la protection des libertés individuelles, datant de 1978.

²⁴ Le droit de chercher, recevoir et répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées est reconnu par l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que par les instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme. Voir aussi l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, 1950, Rome), l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969, San José), l'article 9 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, le Document de clôture de la réunion de Vienne de 1986 des représentants des États ayant participé à la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, par. 34 à 46, le Document de la Réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE (1990), deuxième partie, par. 9, le Document de la Réunion de Moscou de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE (1991), deuxième partie, par. 26, et l'article 23 de la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam.

²⁵ C'est en 1973 que le Conseil de l'Europe adopta pour la première fois une résolution sur la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur privé (résolution 73 (22) (1973)), qui fut suivie un an plus tard d'une autre résolution sur le même sujet (résolution 74 (29) (1974) du Conseil de l'Europe). En 1980, l'OCDE adoptait ses Lignes directrices sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel et, en 1981, le Conseil de l'Europe, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Au sein de l'ONU, les fruits des travaux furent plus longs à mûrir. En 1977, dans sa résolution 10B (XXXIII), la Commission des droits de l'homme avait prié la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des

Ces instruments admettent que le problème fondamental est le conflit qui existe entre l'idéal de la protection des données et celui de la liberté de circulation de l'information entre les États²⁶. C'est le Land allemand de Hesse qui fut le premier, en 1970, à promulguer une législation assurant une protection générale des données²⁷, et la Suède le premier pays à le faire en 1973²⁸. D'autres États ont opté pour des lois plus sectorielles, différentes selon le sujet²⁹.

7. Les disparités et divergences qui ont caractérisé la mise en œuvre des législations de la «première génération» ont suscité, dans le cadre, entre autres, de l'Union européenne, des décisions et de nouveaux travaux, qui devaient déboucher sur l'adoption d'instruments de la «deuxième génération»³⁰, dont certains, comme la Directive de l'UE, ont des conséquences

minorités de faire une nouvelle étude des principes directeurs à retenir pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel. M. Louis Joinet (France), Rapporteur spécial de la Sous-Commission, recommanda dans son rapport que soient examinées plusieurs formes possibles pour élaborer les normes minimales à retenir dans les législations nationales et la réglementation internationale. C'est par sa résolution 45/95 du 14 décembre 1990 que l'Assemblée générale a adopté les Principes directeurs des Nations Unies pour l'utilisation des fichiers personnels informatisés, énoncés dans la résolution 1990/38 du Conseil économique et social en date du 25 mai 1990. Pour les développements ultérieurs concernant la mise en œuvre des Principes directeurs, voir, par exemple, le document E/CN.4/1995/75, établi en application de la décision 1993/113 du 10 mars 1993, le document E/CN.4/1997/67, établi en application de la décision 1995/114 du 8 mars 1995, et le document E/CN.4/1999/88, établi en application de la décision 1997/122 du 16 avril 1997. Par sa décision 1999/109 du 28 avril 1999, la Commission des droits de l'homme décida, sans procéder à un vote: a) de retirer la question de son ordre du jour, compte tenu de la prise en considération progressive par les États des principes directeurs applicables; b) de prier le Secrétaire général de confier aux organismes d'inspection compétents le soin de s'assurer de la mise en œuvre des Principes directeurs par les organisations concernées du système des Nations Unies.

²⁶ Jon Bing, «The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection», *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 5 (1984), p. 271 à 273.

²⁷ La protection des données tire son nom de l'allemand «Datenschutz». Suède: loi sur les données de 1973 (*Datalagen*, 1973, 289), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1974. Voir aussi, par exemple, Norvège: loi sur les registres de données personnelles de 1978 (*lov om personregistre mm av 9 juni 1978 nr 48*), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980; Danemark: loi sur les registres privés de 1978 (*lov nr 293 af 8 juni 1978 om private registre mv*) et loi sur les registres officiels de 1978 (*lov nr 294 af 8 juni 1978 om offentlige myndigheders registre*), toutes deux entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1979; Canada: loi canadienne sur les droits de la personne de 1977 et loi fédérale sur la vie privée de 1982; Allemagne: loi fédérale sur la protection des données, «Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)», de 1977; France: loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés; Royaume-Uni: *Data Protection Act 1984*.

²⁸ Jon Bing, «The Council of Europe Convention ...», *supra*, note 26, p. 271.

²⁹ Aux États-Unis, plusieurs lois ont été promulguées, dont les suivantes: *Privacy Act*, Pub. L. No. 93-579 (1974); *Fair Credit Reporting Act*, Pub. L. No. 91-508 (1970); *the Right to Financial Privacy Act*, Pub. L. No. 95-630 (1978); *Cable Communication Policy Act*, Pub. L. No. 98-549 (1984); *Family Educational Rights and Privacy Act*, Pub. L. 93-380, 1974.

³⁰ L'article XIV, relatif aux exceptions générales, de l'Accord général de l'OMC sur le commerce des services, de 1994, envisage, entre autres possibilités, l'adoption ou l'application de mesures «c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent: ... ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes

pour les États tiers³¹, et des législations de la «deuxième génération»³². Certains États se sont efforcés de promouvoir la promulgation de lois établies sur le modèle de la législation type

personnels». Voir aussi la Directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, qui prévoit une structure réglementaire détaillée sur le sujet, destinée à être adoptée par les États membres sur le plan interne, *Journal officiel* L.281 du 23 novembre 1995; le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, Conseil de l'Europe, 2001; la Directive n° 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, directive qui abroge la Directive n° 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications. Voir encore la Directive du Parlement européen et du Conseil de 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la Directive n° 2002/58/CE. L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 (mais qui n'est pas encore en vigueur), consacre une disposition spéciale à la protection des données à caractère personnel, libellée comme suit:

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

De son côté, l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) a adopté en 2004 un cadre de la protection de la vie privée visant à favoriser une démarche cohérente en matière de protection des renseignements de caractère personnel comme moyen d'assurer la liberté de circulation de l'information dans la région Asie-Pacifique.

³¹ L'article 25 de la Directive n° 95/46/CE subordonne le transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers à la condition que celui-ci leur assure un niveau de protection adéquat, et l'article 26 énonce les conditions auxquelles des dérogations sont admissibles. Aux États-Unis, le Département du commerce a réagi à la Directive de l'UE en adoptant les *Safe Harbour Privacy Principles* (Principes de la «sphère de sécurité» applicables à la protection des données personnelles), publiés par ses soins le 21 juillet 2000 et accessibles sur le site <http://www.export.gov/safeharbor/SHPRINCIPLESFINAL.htm> (consulté le 24 mars 2006). Dans la décision 2000/520/CE, la Commission a admis que ces principes assuraient une protection adéquate. Le caractère adéquat du niveau de protection afférent au transfert de données aux États-Unis est une question sur laquelle la Cour de justice des Communautés européennes a rendu un arrêt le 30 mai 2006, dans les affaires jointes C-317/04 et C-318/04. Le Parlement européen demandait notamment l'annulation de la décision de la Commission (2004/535/CE du 14 mai 2004) qui autorisait le transfert des données de dossiers passagers (les «PNR») au Bureau des douanes et de la protection des frontières des États-Unis. La Cour a annulé cette décision pour une considération technique, à savoir que la question ne relevait pas de la compétence communautaire.

³² Argentine: loi sur la protection des données à caractère personnel («Ley de Proteccion de los Personales»), loi n° 25.326 du 4 octobre 2000; Australie: *1988 Privacy Act* et *2000 Privacy Amendment Act* (secteur privé); Autriche: loi sur la protection des données personnelles du 17 août 1999 et lois des Länder transposant la Directive communautaire en droit interne; Brésil: *Anteprojeto de Lei* No. 61/1996, *Anteprojeto de Lei* No. 151; Belgique: loi sur la protection de la vie privée à l'occasion du traitement de données à caractère personnel du 8 décembre 1992, modifiée par la loi d'application du 11 décembre 1998 et l'acte de droit dérivé du 13 février 2001; Canada: loi de 2001 sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (PIPEDA); Chili: *Ley No. 19.628, Sobre la Proteccion de la Vida Privada* (loi sur la protection de la vie privée), du 28 août 1999; Chypre: loi de 2001 sur le traitement des données personnelles (protection de la personne), modifiée en 2003, et loi de 2004 sur la réglementation des communications électroniques et des services postaux; République tchèque: loi sur la protection des données à caractère personnel du 4 avril 2000; Danemark: loi (n° 429) sur le traitement des données à caractère personnel du 31 mai 2000; Allemagne: loi fédérale sur la protection des données

élaborée dans un cadre multilatéral³³. Quelques autres continuent de préférer une législation sectorielle spéciale variant selon le sujet³⁴. Les choix opérés par les États en la matière sont profondément ancrés dans leurs traditions historiques, juridiques et politiques³⁵. Plus

(*Bundesdatenschutzgesetz*) du 18 mai 2001 et lois des Länder sur cette question adoptées pour mettre en œuvre la Directive européenne; Estonie: loi du 12 février 2003 sur la protection des données; Finlande: loi finlandaise sur les données à caractère personnel (n° 523/1999), du 22 avril 1999, modifiée le 1^{er} décembre 2000, et loi sur la protection des données sur le lieu de travail, de 2004; France: loi n° 2004-801 modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978; Grèce: loi d'application n° 2472 sur la protection des personnes vis-à-vis du traitement des données à caractère personnel, entrée en vigueur le 10 avril 1997; Irlande: loi de 1998 sur la protection des données, modifiée par la loi du 10 avril 2003; Hongrie: loi n° LXIII, de 1992, sur la protection des données personnelles et l'accès du public aux données d'intérêt général, loi n° IV, de 1978, sur les dispositions du Code pénal relatives au détournement des données à caractère personnel et au détournement d'informations personnelles et loi sur la protection des données du 14 décembre 2001 (loi n° XXVI), modifiée par la loi n° XXXI de 2002; Italie: loi n° 675 du 31 décembre 1996 sur la protection des personnes physiques et autres sujets vis-à-vis du traitement des données à caractère personnel et nouveau Code de la protection des données, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004; Israël: loi sur la protection des données promulguée en 1981 et modifiée en 1996; Japon: loi n° 57 de 2003 visant la protection des renseignements personnels; Lettonie: loi sur la protection des données à caractère personnel, modifiée par la loi du 24 octobre 2004; Lituanie: loi n° IX-1296 du 21 janvier 2003 sur la protection juridique des données à caractère personnel, et modifications du 13 avril 2004; Luxembourg: loi sur la protection des données, du 2 août 2001; Pays-Bas: loi sur la protection des données à caractère personnel, du 6 juillet 2000 (les anciens codes de conduite sectoriels sont à l'étude en vue de leur transformation en textes de lois); Nouvelle-Zélande: *Privacy Act* du 1^{er} juillet 1993; Pologne: loi sur la protection des données à caractère personnel du 29 août 1997, modifiée le 1^{er} janvier 2004; Paraguay: protection des données au Paraguay, loi n° 1682 régissant l'information privée; Portugal: loi n° 67/98 sur la protection des données à caractère personnel, du 26 octobre 1998; République de Corée: loi sur la protection des données à caractère personnel conservées par les services et administrations publics (loi n° 4734), de 1994, loi sur la promotion et la protection des infrastructures de l'information (loi n° 5835), de 1999; Fédération de Russie: loi de la Fédération de Russie sur l'information, l'informatisation et la protection de l'information, du 25 janvier 1995; Slovénie: loi de 1999 sur la protection des données à caractère personnel (sur le modèle de la Convention du Conseil de l'Europe) et loi portant modification de cette dernière, de juillet 2001; Slovaquie: loi n° 428/2002 sur la protection des données à caractère personnel, modifiée par la loi n° 602/2003; loi n° 576/2004 et loi n° 90/2005; Espagne: *Ley Organica No. 15/1999 de Proteccion de Datos de Caracter Personal* (loi organique pour la protection des données personnelles), du 13 décembre 1999; Suède: loi n° 204 du 29 avril 1998 et Règlement n° 1998:1191 du 3 septembre 1998 sur les données à caractère personnel; Suisse: loi fédérale n° 235.1 sur la protection des données (LPD), du 19 juin 1992; Tunisie: loi n° 2004-63 du 27 juillet 2004 sur la protection des données personnelles; Royaume-Uni: *Data Protection Act*, du 16 juillet 1998, et instrument législatif y relatif du 17 février 2000.

³³ La réunion de 2002 de la Conférence des ministres de la justice du Commonwealth à Kingstown (Saint-Vincent-et-les Grenadines) a proposé deux projets de loi type sur la protection de la vie privée (à l'intention des secteurs privé et public, respectivement). La loi type s'inspirait du système canadien de protection des données personnelles, de la loi britannique de 1998 sur la protection des données portant application de la Directive européenne ainsi que des Lignes directrices de l'OCDE.

³⁴ Les États-Unis ont adopté les lois suivantes: *Privacy Act*, 5 U. S. C. &552a (2001); *Fair Credit Reporting Act*, 15 U. S. C. &1681 (2001); *Video Privacy Protection Act*, 18 U. S. C. &2710-11 (2000); *Cable Communications Policy Act*, 20 U. S. C. &551 (2000); *Drivers Privacy Protection Act*, 18 U. S. C. &2721-2725 (2000); *Telephone Consumer Protection Act*, 47 U. S. C. &227 (2000); *Family Educational Rights and Privacy Act*, 20 U. S. C. &1232 (2000); *Health Insurance Portability and Accountability Act*, Pub. L. n° 104-91 (1996); *Children On-line Privacy Protection Act*, 15 U. S. C. &6501-06 (2000).

³⁵ Frits W. Hondius, «Data Law in Europe», *supra*, note 17, p. 87 à 110. Selon les cas, les États ont adopté une seule loi visant également le secteur public et le secteur privé (tels les États membres de l'Union européenne, l'Argentine, le Chili, la Fédération de Russie, Israël ou la Suisse), une loi unique dans laquelle les deux secteurs sont traités dans deux chapitres différents ou deux lois différentes traitant séparément chacun des deux secteurs (cas de l'Australie, du Canada, du Paraguay ou de la Tunisie, par exemple), ou encore une loi pour le secteur public et des textes distincts pour divers aspects des activités du secteur privé (comme au Japon ou dans la République de Corée). Dans

généralement, les lois adoptées dans le contexte européen assignent des limites à la collecte de données³⁶. Elles prescrivent la notification préalable des fins pour lesquelles les données sont exigées. Au surplus, toute utilisation subséquente des données, à moins d'avoir été autorisée par le consentement de la personne concernée ou sauf disposition contraire de la loi, doit obligatoirement correspondre aux fins spécifiées. Deuxièmement, la législation impose des contrôles a posteriori, destinés à garantir dans la durée la fiabilité des données. La notification de l'existence de ces fichiers de données, leur accès et la possibilité d'apporter des corrections à celles qui sont erronées sont des éléments constitutifs de cette fiabilité³⁷. Troisièmement, enfin, cette législation régit les questions de sécurité et de protection desdites données en prévoyant leur stockage et leur usage, y compris des procédures pour les mettre à l'abri des pertes, de la destruction et d'une divulgation sans autorisation. Toute utilisation ou divulgation doit être enregistrée, et la personne concernée informée en cas d'utilisation ou de divulgation sans autorisation³⁸. Un mécanisme de contrôle est mis sur pied pour ces questions. Quatrièmement, un régime de recours et de réparation est également prévu.

8. D'un autre côté, la démarche, aux États-Unis en particulier, est sectorielle et s'appuie sur un mélange de législation, réglementation et autoréglementation³⁹, avec des solutions qui laissent davantage jouer les mécanismes du marché. La législation vise essentiellement le secteur public ou des branches spécialisées de ce secteur et assure la protection des nationaux et des étrangers résidents. De plus, il n'y a pas d'organisme unique chargé des questions de répression.

quelques cas, la législation générale s'assortit de codes de conduite pouvant la remplacer pour divers secteurs (Nouvelle-Zélande, par exemple).

³⁶ G. Michael Epperson, «Contracts for Transnational Information Services: Securing Equivalency of data Protection», *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981) p. 157, voir p. 162.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Observations des États-Unis d'Amérique sur la gouvernance de l'Internet, communiquées et diffusées par le Bureau des affaires économiques et commerciales, 15 août 2005: *Data Protection and Privacy: ...* Toute démarche efficace pour assurer la protection des renseignements personnels comprend: les lois voulues pour protéger la vie privée des consommateurs dans des domaines extrêmement sensibles comme les renseignements financiers, médicaux et la vie privée des enfants; le respect de ces lois imposé par l'État et l'encouragement des efforts du secteur privé pour protéger la vie privée des consommateurs; accessible sur le site <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2005/51063.htm> (consulté le 21 mars 2006).

9. On notera aussi que l'industrie a assumé un rôle actif en adoptant des codes d'autoréglementation pour protéger les données personnelles⁴⁰.

10. La jurisprudence aussi a admis l'importance de la protection des données. Dans l'affaire *Fisher*, la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé que les principes de la protection des données constituaient des principes généraux du droit communautaire. Elle a affirmé que la Directive 95/46/CE consacrait, au niveau communautaire, les principes généraux qui faisaient déjà partie du droit des États membres dans le domaine considéré⁴¹. Dans l'affaire *Rechnungshof*, la Cour a noté que, dans la mesure où elles régissent le traitement de données à caractère personnel susceptibles de porter atteinte, en particulier, au droit à l'intimité de la vie privée, les dispositions de la directive doivent nécessairement être interprétées à la lumière des droits fondamentaux, lesquels font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire. Elle a aussi jugé que:

... les articles 6, paragraphe 1, sous c), et 7, sous c) et e), de la Directive 95/46 sont directement applicables, en ce sens qu'ils peuvent être invoqués par un particulier devant les juridictions nationales pour écarter l'application des règles de droit interne contraires à ces dispositions⁴².

La Cour européenne des droits de l'homme a expressément reconnu la protection des données à caractère personnel comme un droit fondamental de l'être humain du fait qu'elle s'inscrit dans le droit au respect de la vie privée institué par l'article 8 de la Convention européenne⁴³.

11. Les instruments internationaux ayant ou non force obligatoire, de même que les législations nationales adoptées par les États membres et les décisions judiciaires, révèlent

⁴⁰ La Chambre de commerce internationale joue un rôle de premier plan à cet égard. Voir, par exemple, sa «trousse à outils» des décideurs, à l'adresse: <http://www.iccwbo.org/home/e-business/word-documents/TOOLKIT-rev.pdf>.

⁴¹ Affaire n° C-369/98 *The Quenny v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fisher*, arrêt de la Cour du 14 septembre 2000.

⁴² Dans les affaires jointes *Rechnungshof ...* C-465/00, C-138/01 et C-139/01 (renvois pour décision à titre préjudiciel du Verfassungsgerichtshof et du Oberster Gerichtshof): Rechnungshof (C-465/00) contre *Österreichischer Rundfunk et autres* et *Christa Neukomm* (C-138/01) et *Joseph Lauermann* (C-139/01) contre *Österreichischer Rundfunk*, arrêt de la Cour du 20 mai 2003, par. 101.

⁴³ Voir aussi *Amann c. Suisse*, 27798/95 [2000] C.E.D.H. 88 (16 février 2000); *Leander c. Suède*; 9248/81 [1987] C.E.D.H. 4 (26 mars 1987); *Rotaru c. Roumanie* – 28341/95 [2000] C.E.D.H. 192 (4 mai 2000); *Turek c. Slovaquie*, 57986/00 [2006] C.E.D.H. 138 (14 février 2006).

un certain nombre de principes essentiels, à savoir: a) licéité et loyauté de la collecte et du traitement des données; b) exactitude; c) spécification et limitation des finalités; d) proportionnalité; e) transparence; f) participation de l'intéressé, et en particulier droit d'accès; g) non-discrimination; h) responsabilité; i) contrôle et sanction juridique; j) équivalence des données dans le cas des flux transfrontières de données à caractère personnel; k) principe de la possibilité de dérogations.

C. Élaboration d'une proposition à soumettre à l'examen de la Commission

12. Il s'agirait d'élaborer les principes généraux qu'implique la protection des données de caractère personnel. Il ressort d'un aperçu des normes et règles existantes que, malgré la disparité des démarches, un certain nombre de principes essentiels se retrouvent dans la plupart des cas. Les précédents, comme d'autres documents pertinents – traités, législations nationales, décisions judiciaires et instruments sans force obligatoire – indiquent qu'il est possible d'élaborer un ensemble de dispositions qui précisent des questions concernant la protection des données à la lumière de la pratique contemporaine. Cela faciliterait la mise au point d'un ensemble de principes directeurs sur les meilleures pratiques acceptables à l'échelle internationale et serait utile aux gouvernements pour établir leur législation nationale. Ce serait utile aussi à l'industrie pour concevoir des modèles d'autoréglementation. L'élaboration d'une «troisième génération» de principes en matière de vie privée serait de bon augure à l'heure où des voix de plus en plus nombreuses réclament une réaction de la communauté internationale sur cette question. Ce domaine a beau être technique et spécialisé, la pratique des États n'y est pas encore très vaste, ni parfaitement au point. En recourant à ses méthodes de travail habituelles, la Commission sera sans doute néanmoins en mesure de déceler dans la doctrine et la pratique les tendances naissantes susceptibles de modeler tout régime juridique universel qui finirait par voir le jour.

Délimiter le champ du sujet

13. Il y a un lien entre le respect de la vie privée et la protection des données. Le droit au respect de la vie privée est vieux de plusieurs siècles et il est désormais reconnu et consacré par la constitution dans un grand nombre de pays⁴⁴, de même que dans des instruments

⁴⁴ En 1361, par exemple, en Angleterre, la loi 34 Edw. 3 c. 1 sur les juges de paix promulguée par Edouard III prévoyait l'arrestation des voyeurs et oreilles indiscretes; une loi suédoise de 1776 sur les archives publiques

internationaux ayant ou non force obligatoire⁴⁵. Pourtant ce droit n'est pas absolu, et ses paramètres et son périmètre ne sont pas toujours faciles à mesurer et à délimiter. Du double point de vue philosophique et analytique, la vie privée évoque toutes sortes de possibilités et d'idées qui peuvent se ranger dans l'un des groupes suivants: a) espace, b) décision, c) information⁴⁶ et d) inviolabilité des communications – ou recouper n'importe lequel ou lesquels d'entre eux.

14. Malgré les implications et incidences mutuelles qui caractérisent ces quatre groupes, la présente proposition ne vise pas la question générale du respect de la vie privée, mais couvrirait un champ plus étroit et plus restreint sous quatre rapports.

15. En premier lieu, elle serait axée d'abord sur le troisième groupe, à savoir le sous-ensemble «information» de la vie privée, dans lequel il s'agit du droit de regard exercé par l'intéressé sur le traitement de l'information qui le concerne personnellement – son acquisition, sa divulgation et son utilisation⁴⁷, notion commodément dénommée «gestion loyale des dossiers»⁴⁸. Il serait nécessaire d'examiner les droits que possèdent la personne concernée et les utilisateurs des données.

exigeait que toute l'information détenue par l'exécutif fût utilisée à des fins légitimes; en 1890, aux États-Unis, Warren et Brandeis écrivaient dans un article intitulé «The Law of Privacy», paru dans la *Harvard Law Review*, vol. 4 (1890-1891), p. 192 à 195, que le droit au respect de la vie privée était «le droit d'être laissé tranquille», de ne pas être importuné par autrui. Dans l'affaire *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S.479 (1965), la Cour suprême a donné une interprétation extensive de la Charte des droits (Bill of Rights) en affirmant que tout individu a droit en vertu de la Constitution au respect de sa vie privée.

⁴⁵ Art. 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voir aussi les articles V, IX et X de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, 1948, Bogota, l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, Rome, l'article 11 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1969, San José, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, 1990, Addis-Abeba, l'article 18 de la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam. Voir aussi l'article 18 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En matière d'éthique médicale, voir, par exemple, le Code de Nuremberg, la Déclaration de Genève de 1948 et la Déclaration d'Helsinki de 1964.

⁴⁶ Jerry Kang, «Information Privacy...», *supra*, note 5, p. 1193, voir p. 1202 et 1203. Dans *Whalen v. Roe*, 429 U.S.589 (1977), la Cour suprême des États-Unis a étendu la garantie constitutionnelle de la protection de la vie privée à la confidentialité des renseignements personnels.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 1203.

⁴⁸ G. Michael Epperson, «Contracts for Transnational Information Services...», *supra*, note 36, p. 160 et 161. «La protection des données ne signifie pas que tous ces intérêts afférents au respect de la vie privée soient pleinement protégés. Le terme renvoie moins à une interdiction absolue d'accumulation et d'usage qu'à l'institution de procédures garantissant aux personnes concernées la possibilité de connaître l'existence des données les concernant et les utilisations qui seront faites de ces données...».

16. Deuxièmement, l'étude porterait sur la protection à accorder aux moyens de communication, c'est-à-dire aux aspects du quatrième groupe qui ont trait à l'inviolabilité des communications dans la mesure où il y a là un lien avec le souci d'assurer la confidentialité de l'information: sécurité et secret de la correspondance, des relations téléphoniques, mais aussi du courrier électronique et des autres formes de communication par le truchement des TIC. Avec les perfectionnements apportés aux technologies, la possibilité d'avoir accès à l'information qui est dans le domaine public remet en question le paradigme traditionnel du respect de la vie privée comme «protection du jardin secret de chacun»⁴⁹. La sécurité des données, les données de localisation et les données de trafic sont désormais des éléments qui s'inscrivent dans le périmètre de la protection. La sécurité des données s'adresse à leur sécurité matérielle; il s'agit de faire en sorte qu'elles ne soient pas détruites ni trafiquées au lieu où elles se trouvent. De plus, les données sont toujours en mouvement et en constante évolution et souvent confiées à la garde de tiers. Le lieu où l'on se trouve (données de localisation)⁵⁰ et ce qui est adressé à quelqu'un d'autre (données de trafic)⁵¹ sont des éléments dont l'anonymat ne peut plus être garanti. Le genre et la nature de la protection à assurer aux données, qu'elles soient stationnaires ou en circulation, sont des questions qui entreraient dans le champ du sujet. Cela dit, la protection offerte doit être mise en balance avec les outils dont la société aurait besoin pour assurer efficacement la détection et la répression de la délinquance, notamment dans la lutte contre le terrorisme international et la criminalité internationale organisée.

17. Troisièmement, seule serait étudiée la circulation des données personnelles⁵².

La circulation transfrontière de données peut faire intervenir différents types de données,

⁴⁹ Daniel J. Solove, «Privacy and Power...», *supra*, note 1, p. 1437.

⁵⁰ Latitude, longitude et altitude du terminal de l'utilisateur, direction du transport, niveau et précision de l'information de localisation, identification de la cellule de réseau et heure à laquelle l'information de localisation a été établie sont autant d'éléments faciles à enregistrer.

⁵¹ Itinéraire, durée, heure ou volume de la communication, protocole utilisé, localisation du terminal de l'expéditeur ou du destinataire, réseau d'où part la communication ou sur lequel elle s'achève, début, fin ou durée d'une communication, mode de transport de la communication sont autant d'éléments faciles à identifier dans le trafic de données.

⁵² Eric J. Novotny, «Transborder Data flows and International Law: A framework for Policy-Oriented Inquiry», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 141, voir p. 144, note 7. Les termes «données» et «information» sont parfois employés comme synonymes. Toutefois, techniquement:

«Données» désigne un ensemble de symboles organisés qui se prêtent au traitement machine et à l'information. Le terme «information» implique une catégorie supérieure de données intelligibles pour

telles que a) *données opérationnelles*⁵³, b) *transactions financières effectives*⁵⁴, c) *information scientifique ou technique*⁵⁵, et d) *information permettant l'identification d'une personne*, relatives par exemple au crédit, aux antécédents médicaux, au casier judiciaire ou aux réservations de voyages ou consister simplement en un nom ou un numéro d'identification. Seules les données permettant l'identification personnelle sont censées entrer dans le champ de la présente proposition, encore que ces données puissent aussi se présenter sous forme de transactions opérationnelles ou financières⁵⁶, de même que dans le cadre d'enquêtes scientifiques et techniques, et notamment démographiques.

18. L'information permettant l'identification personnelle peut se rapporter à la personne concernée a) parce que celle-ci en est l'auteur, b) en ce qu'elle décrit ladite personne, ou c) dans la mesure où elle répond à des fins précises d'identification⁵⁷. Ce sont ces aspects-là qui peuvent exiger une protection contre la divulgation. Ce sont des personnes physiques qui sont ordinairement associées à l'information en question, mais dans certains États les personnes morales et d'autres entités peuvent être touchées⁵⁸. Le champ du sujet *ratione personae* déterminerait le traitement à réserver aux entités autres que les personnes physiques.

l'être humain. Les flux de données transfrontières ont pour but de créer, stocker, extraire et utiliser de l'information; parfois, l'information est réduite à des données à des fins intermédiaires.

⁵³ Ibid., p. 156. Ces données sont destinées à appuyer les décisions organisationnelles ou entretiennent certaines fonctions administratives.

⁵⁴ Ibid., p. 157. Ces transactions comportent des inscriptions en crédit et en débit et transferts d'argent.

⁵⁵ Ibid., p. 158. Il s'agit des résultats d'expériences, d'enquêtes, de mesures environnementales ou météorologiques ou de statistiques économiques.

⁵⁶ Ibid., p. 157. Voir aussi une action en instance (*Segerstedt - Wiberg et autres c. Suède*, Requête n° 62332/00), qui a été déclarée recevable le 20 septembre 2005. La Cour européenne des droits de l'homme devra déterminer si la collecte et le stockage d'informations concernant des personnes physiques qui sont «liées à leurs activités publiques», «déjà dans le domaine public», exactes et recueillies pour des raisons de sécurité nationale peuvent constituer une atteinte au droit au respect de la vie privée. Cela comporte aussi le droit de refuser d'avertir les personnes concernées de toute l'étendue de l'information recueillie. Dans son arrêt n° 151/2003 du 27 novembre 2003, *Guomundsdottir v. The States of Islande*, la Cour suprême islandaise se penchait sur la question de la définition des «données personnelles» dans le contexte de données sur l'ADN et e questions de possibilité d'identification à propos d'un parent qui était décédé. Voir Renate Gertz, «An Analysis of the Icelandic Supreme Court judgment on the Health Sector Database Act», *Journal of law and technology*, vol. I, n° 2, juin 2004, p. 290 à 306.

⁵⁷ Jerry Kang, «Information Privacy ...», *supra*, note 5, p. 1207 et 1208.

⁵⁸ Eric J. Novotny, *supra*, note 52, p. 157.

19. Les mouvements de données comprennent les flux de données circulant parmi les divers acteurs, lesquels peuvent être des gouvernements, des organisations intergouvernementales, des organisations non gouvernementales ou des entités du secteur privé comme les entreprises et les sociétés multinationales, dont certaines assurent un service de traitement de données. Il faudrait tenir compte dans l'étude du sujet de l'éventail des activités menées dans le secteur public ou privé qui peuvent entrer en jeu.

20. Quatrièmement, enfin, la protection des données informatives reconnaît des restrictions et exceptions et des intérêts concurrents. De fait, la protection de la vie privée qu'offrent les constitutions nationales et les décisions judiciaires aussi bien que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme admet des possibilités de restrictions et exceptions, sous forme de dérogations ou limitations.

Définitions

21. Selon une définition, le flux transfrontière de données est la «transmission électronique de données à travers les frontières politiques à des fins de traitement et/ou de stockage de fichiers [TIC]»⁵⁹. Il faudrait étudier avec soin la question du champ *ratione materiae* du sujet, en particulier pour déterminer si celui-ci ne devrait couvrir que les données informatisées automatiques ou n'importe quel type de données, y compris celles qui sont générées et traitées manuellement, et s'il conviendrait de le définir par la technologie employée ou par n'importe quel type de données en jeu, indépendamment de la technologie.

22. Il serait nécessaire de définir des termes tels que données, personne concernée, utilisateur de données, fichier de données, conservation des données, préservation des données, données permettant l'identification personnelle, données sensibles, données de trafic, données de localisation, circulation transfrontière de données personnelles, traitement des données personnelles, communication, utilisateurs tiers, données d'enregistrement et données transactionnelles, données de flux de saisie «clickstream». Les définitions n'ont qu'une valeur illustrative, elles doivent nécessairement tenir compte des progrès technologiques qui adviennent continuellement dans le monde des réseaux.

⁵⁹ International Barriers to Data flows, Background Report, Committee on Interstate and Foreign Commerce, House of Representatives, Ninety-sixth Congress, First session, avril 1979, cité dans Panel on Legal Issues of Transborder Data Transmission, *ASIL Proceedings* (Actes de la Société américaine de droit international), vol. 74 (1980), p. 175.

23. Un certain nombre de principes fondamentaux peuvent être dégagés des changements observés dans ce domaine en l'espace de près de 40 ans. Ce sont les suivants⁶⁰:

- *Licéité et loyauté de la collecte et du traitement*: Ce principe présuppose que la collecte de données personnelles serait limitée au minimum indispensable. En particulier, ces données ne devraient pas être obtenues de manière illicite ou par des moyens déloyaux.
- *Exactitude*: Le principe de la qualité de l'information est une obligation, mettant en jeu la responsabilité, de faire en sorte que les données soient exactes et si nécessaire complétées et mises à jour pour les fins auxquelles elles sont destinées.
- *Spécification des finalités et limitation*: Suivant ce principe, il faut que la finalité pour laquelle les données sont recueillies soit précisée à la personne concernée. Les données ne doivent pas être divulguées, rendues accessibles ou utilisées d'une autre manière à des fins autres que celles qui ont été précisées. Cela doit se faire avec le consentement ou au su de la personne concernée, ou en vertu de la loi. Tout usage subséquent est limité à cette fin, ou à toute autre fin qui n'est pas incompatible avec elle. Les différences résident dans les démarches retenues par les États. Dans certains cas, l'obligation du consentement est perçue comme une condition préalable.
- *Proportionnalité*: La proportionnalité exige que les mesures nécessaires prises soient proportionnées aux objectifs légitimes poursuivis.
- *Transparence*: Le terme dénote une politique générale d'ouverture aux faits nouveaux, pratiques et politiques en matière de protection des données de caractère personnel.

⁶⁰ Voir, en général, Justice Michael D. Kirby, «Transborder Data flows and the Basic Rules of data privacy», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 27 à 66. Voir aussi John M. Eger, «The Global Phenomenon of Teleinformatics: An Introduction», *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981) p. 203-236. Voir encore Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, United States Department of Health, Education and Welfare, Records, Computers and the Rights of Citizens (1973).

- *Participation de la personne concernée et, en particulier, droit d'accès*: Ce principe est sans doute le plus important aux fins de la protection des données. La personne concernée devrait avoir accès à ces données – de même qu'à la possibilité de déterminer si le maître du fichier détient ou non des données à son sujet, d'obtenir cette information ou de se la faire communiquer sous une forme, d'une manière et à un coût qui soient raisonnables. Cela cadre avec le droit de toute personne de connaître l'existence de tout fichier de données la concernant et son contenu, de contester ces données et de les faire rectifier, modifier ou effacer.
- *Non-discrimination*: Ce principe signifie que les données appelées à donner lieu à une discrimination illicite et arbitraire ne doivent pas être recueillies. Cela recouvre les informations compilées sur l'origine raciale ou ethnique, la couleur de la peau, la vie sexuelle, les opinions politiques, les croyances religieuses, philosophiques et autres, de même que l'appartenance à une association ou à un syndicat.
- *Responsabilité*: Ce principe recouvre la sécurité des données: celles-ci doivent être protégées par des mesures raisonnables et appropriées pour éviter leur perte, leur destruction ainsi que leur accès, utilisation, modification ou divulgation sans autorisation – et le maître du fichier devrait avoir à en répondre.
- *Contrôle indépendant et sanctions*: Le contrôle et les sanctions exigent qu'il y ait un mécanisme assurant le respect des garanties fondamentales et de la légalité et celui de l'obligation redditionnelle. Il devrait y avoir une autorité tenue de donner effet aux prescriptions visant la protection des données et d'en répondre.
- *Équivalence des données dans le cas de la circulation transfrontière de données personnelles*: C'est un principe de compatibilité; il est destiné à éviter la création d'obstacles et restrictions injustifiés à la liberté de circulation des données, pour autant que leurs mouvements soient compatibles avec la norme ou jugés adéquats à cette fin.
- *Le principe de la possibilité de dérogations*: Ce principe implique le pouvoir de faire des exceptions et d'imposer des limitations si elles sont nécessaires pour protéger la

sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques ou pour protéger les droits des tiers.

Possibilité de dérogations

24. Si le souci de la vie privée est d'une importance décisive, il n'en doit pas moins être mis en balance avec l'intérêt qui s'attache à d'autres valeurs. La valeur du respect de la vie privée pour éviter les situations embarrassantes, bâtir son intimité et se protéger contre les abus, qui va de pair avec la nécessité de protéger l'individu, doit être mise en balance avec d'autres valeurs contraires, qui vont à l'encontre du droit de regard de chacun sur les renseignements personnels le concernant, comme la nécessité de ne pas dérégler le cours des échanges commerciaux internationaux et intérieurs et la circulation de l'information, l'importance de la manifestation de la vérité et la nécessité de vivre dans un environnement sûr⁶¹. Il y a des restrictions admissibles, par exemple au nom de la sécurité nationale, de l'ordre public⁶², de la santé ou la moralité publiques⁶³, ou en vue de protéger les droits et libertés des tiers, ainsi qu'à cause de la nécessité d'une répression et d'une coopération judiciaire efficaces pour combattre la criminalité au niveau international, et notamment les menaces que font planer le terrorisme international et la criminalité organisée.

25. Il faut que le traitement des données personnelles soit interprété dans le sens des principes qui gouvernent les droits de l'homme⁶⁴. En conséquence, n'importe lequel des objectifs d'intérêt général justifierait une ingérence dans la vie privée dès lors que celle-ci a) est prévue par la loi; b) est nécessaire dans une société démocratique à la poursuite d'objectifs légitimes; et c) n'est

⁶¹ Voir, en général, Catherine Crump, «Data Retention: Privacy, Anonymity and Accountability Online», *Stanford Law Review*, vol. 56 (2003-2004), p. 191 à 229.

⁶² Voir, par exemple, la Convention de 2001 du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, adoptée le 23 novembre 2001 à Budapest, STE n° 185.

⁶³ L'UNESCO, par exemple, avait adopté le 11 novembre 1997 la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, entérinée par l'Assemblée générale le 9 décembre 1998 dans sa résolution n° 53/152. Voir aussi Conseil de l'Europe, Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, adoptée le 4 mars 1997 à Oviedo, STE n° 164, et le Protocole additionnel à cette même convention, du 12 janvier 1998, STE n° 168.

⁶⁴ *Rechnungshof...*, affaires jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 20 mai 2003.

pas disproportionnée à l'objectif visé⁶⁵. L'expression «prévue par la loi» va au-delà du formalisme qui impose l'existence d'une base en droit interne, en exigeant que cette base légale soit «accessible» et «prévisible»⁶⁶. Pour être prévisible, il faut que la norme soit rédigée avec assez de précision pour permettre à toute personne de régler sa conduite⁶⁷.

26. Un certain nombre de questions subsistent dans la pratique des États. La première a trait à *la conservation des données et la préservation des données*. Dans le cyberspace, il y a deux grands modes de collecte d'informations à caractère personnel: i) la sollicitation directe des utilisateurs (données d'enregistrement et données transactionnelles)⁶⁸, et ii) la pratique subreptice consistant à retracer les itinéraires de la navigation des internautes (données de flux de saisie, «clickstream»)⁶⁹. L'une des manières dont les États ont mis le droit à contribution pour surveiller les activités dans le cyberspace à des fins répressives est la promulgation de législations sur *la conservation de données*⁷⁰. En substance, les fournisseurs d'accès à l'Internet (ISP) sont tenus d'analyser, recueillir et stocker les données de navigation indiquant les activités de leurs clients dans le cyberspace. Cette exigence a suscité des inquiétudes particulières parce qu'elle:

«Réarchitecture» l'Internet en conférant une plus grande transparence à ce qui était un contexte de relative obscurité. C'est en partie cette manipulation du contexte qui détermine quelles sont les valeurs privilégiées sur l'Internet. Plus précisément, en facilitant le rattachement des actes à des acteurs, la conservation de données rehausse la valeur

⁶⁵ *Fressoz et Roire c. France* – 29183/95 [1999] C.E.D.H. 1, 21 janvier 1999. Dans l'examen de la proportionnalité, par exemple, il est tenu compte de la mesure dans laquelle les données touchent la vie privée. Celles qui ont trait à l'intimité de la vie privée, à la santé, à la vie familiale ou à la sexualité doivent être protégées plus vigoureusement que celles qui se rapportent aux revenus et aux impôts car, tout en étant elles aussi personnelles, ces dernières concernent l'identité dans une moindre mesure et sont de ce fait moins sensibles.

⁶⁶ *Amann c. Suisse*, *supra*, note 41, par. 55 à 64.

⁶⁷ *Malone c. Royaume-Uni*, Arrêt du 2 août 1984, C.E.D.H. série A, n° 82, p. 31 et 32.

⁶⁸ Daniel J. Solove, «Privacy and Power...», *supra*, note 1, p. 1408.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 1411.

⁷⁰ Voir, par exemple, la décision n° 2004/535/CE de la Commission des CE du 14 mai 2004. En Suisse, les fournisseurs de services d'accès à l'Internet sont tenus par la loi d'enregistrer l'heure, la date, l'ID de l'expéditeur et l'ID du destinataire de tous les courriels. L'Espagne exige aussi d'eux qu'ils conservent durant un an certains types de données concernant leurs clients. Voir aussi la Directive du Parlement européen et du Conseil de 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la Directive 2002/58/CE.

de l'obligation de rendre des comptes, au détriment d'autres valeurs, comme l'intimité de la vie privée et l'anonymat⁷¹.

27. Par rapport à la conservation des données, *la préservation des données* est d'une portée plus restreinte comme moyen de permettre aux services répressifs de préserver des enregistrements et autres pièces à propos d'un client déterminé faisant l'objet d'une enquête en attendant une décision de justice⁷². La protection des données personnelles sous une forme qui permet d'identifier la personne concernée peut parfois exiger qu'une fois la finalité devenue caduque les données soient détruites, dûment archivées ou traitées pour réidentification. Plus longtemps les données sont conservées, ou plus le mandat de conservation est général, plus on peut nourrir de craintes pour le respect de la vie privée au regard des principes relatifs aux droits de l'homme.

28. Un autre aspect de la question, qui est lié au précédent, est la possibilité pour les gouvernements d'avoir accès aux bases de données privées et publiques, leur aptitude à acheter à des fins répressives de l'information sur des personnes physiques contenue dans des bases de données privées. Bien souvent, ces bases de données sont constituées spontanément et partagées spontanément avec les pouvoirs publics⁷³.

29. Il sera peut-être nécessaire de voir quelles garanties permettraient de s'assurer que la conservation ou la préservation de données et la possibilité d'avoir accès à des bases de données n'aient pas pour effet en pratique de vider de son sens le respect de la vie privée.

⁷¹ Catherine Crump, «Data Retention: Privacy, ... », *supra*, note 61, p. 194.

⁷² Aux États-Unis, la loi de 2001 dite *Patriot Act (The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act)* a institué une multitude de modifications de la législation existante en vue d'accroître les pouvoirs d'instruction et de surveillance des services répressifs. Les lois qu'elle a modifiées sont les suivantes: *The Wiretapping Statute, Electronic Communications Privacy Act, Computer Fraud and Abuse Act, Foreign Intelligence Surveillance Act, Family Education Rights and Privacy Acts, Pen Register and Trap and Trace Statute, Money Laundering Act, Immigration and Nationality Act, Money Laundering Control Act, Bank Secrecy Act, Right to Financial Privacy Act, Fair Credit Reporting Act*.

⁷³ Voir, en général, Daniel J. Solove, «Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy», *Southern California Law Review*, vol. 75 (2002), p. 1083. Dans un article paru dans le *New York Times* du mardi 21 mars 2006, p. B.6, sous le titre «Librarian Is Still John Doe, Despite Patriot Act Revision», l'auteur note que 30 000 lettres dites de sécurité nationale sont envoyées chaque année pour exiger les dossiers des usagers des bibliothèques. Voir aussi *John Doe; American Civil Liberties Union; et American Civil Liberties Union Foundation v. Attorney-General, et al.*, United States Southern District Court of New York, opinion, decision and order of Judge Victor Marrero.

30. Il est également admis qu'il existe des limites à l'utilisation de fichiers pour l'établissement de statistiques, pour la recherche scientifique, l'activité journalistique ou l'expression artistique ou littéraire. L'importance de la manifestation de la vérité et celle de la liberté de circulation de l'information nécessitent un traitement différent de certains fichiers de données, même s'il peut y avoir un rapport avec les données permettant l'identification personnelle. L'utilisation de fichiers pour la recherche statistique, technique ou scientifique, l'activité journalistique ou l'expression artistique ou littéraire entre dans cette catégorie. Le droit d'accès à l'information peut être soumis à des restrictions, à condition que celles-ci soient prévues par la loi et absolument nécessaires pour assurer le respect des droits et de la réputation des tiers ou la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public ou de la santé ou la moralité publiques.

Adéquation/équivalence des données

31. Le transfert de données d'un État à un autre État soulève des questions de sécurité et de protection: il faut déterminer si et dans quelles circonstances un transfert devrait avoir lieu quand l'autre État n'est pas capable de garantir des niveaux de protection adéquats, quel serait le droit applicable et comment faire face aux problèmes qui se poseraient. En conséquence, il faudra peut-être faire une certaine place dans le cadre du sujet au traitement des questions d'adéquation des données ou d'équivalence des données.

32. On trouvera dans l'appendice ci-après, à titre indicatif seulement, un aperçu des questions qui pourraient devoir être traitées:

Appendice

- **Champ:** Protection des données personnelles et inviolabilité des communications privées:
 - Champ *ratione personae*: données de caractère personnel;
 - Champ *ratione materiae*: secteurs privé et public: voir s'il convient de retenir les organisations internationales;
 - *Exclusions possibles*: activités purement personnelles et domestiques.

- **Définitions:** données; personne concernée; utilisateur de données; fichier de données; conservation des données; préservation des données; données permettant l'identification personnelle; données sensibles; données de trafic; données de localisation; circulation transfrontière des données de caractère personnel; traitement des données de caractère personnel; communication; utilisateurs tiers; données d'enregistrement et données transactionnelles; données dites de flux de saisie ou de navigation («clickstream»).
- **Principes cardinaux:** licéité et loyauté de la collecte et du traitement des données; exactitude; spécification des finalités et limitation; proportionnalité; transparence; participation individuelle, et en particulier droit d'accès des personnes physiques; non-discrimination; responsabilité; contrôle indépendant et sanction juridique; équivalence des données dans le cas de la circulation transfrontière de données personnelles; possibilité de dérogations.
- **Restrictions au droit d'accès:** protection de l'ordre public; défense et sûreté de l'État; santé publique, et ainsi de suite.
- **Confidentialité et sécurité:** confidentialité des communications; sécurité des données sensibles.
- **Droits de la personne concernée:** être informée; ne pas accorder son autorisation; droit d'accès, de rectification, d'opposition au traitement des données pour un motif légitime et de recours.
- **Traitement des données:** loyauté et licéité; obligation de rendre des comptes.
- **Critères du traitement légitime des données:** autorisation; obligation contractuelle; autre obligation juridique; nécessité de protéger un intérêt vital de la personne concernée; nécessité dans l'intérêt général; nécessité aux fins d'un intérêt légitime.

- **Exceptions et limitations:** sécurité nationale; défense; sûreté publique; répression; impératifs budgétaires et fiscaux et bien-être économique; protection de la personne concernée et des tiers:’
 - Élaboration des politiques (recensement, registres de l’état civil, enquêtes); recherche scientifique et statistiques; journalisme et activités artistiques.
- **Sanctions et recours:** administratifs; judiciaires.
- **Adéquation du niveau de protection transfrontière:** principe de l’adéquation; détermination de l’adéquation; dérogations.
- **Mise en œuvre:** législation; réglementation; autoréglementation.

Selected bibliography

- All European Academies, *Privacy protection in the information society* (Amsterdam: Allea, 2002).
- Bauchner, Joshua S., "State Sovereignty and the Globalizing Effects of the Internet: A case Study of the Privacy Debate", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000-2001), pp. 689-722.
- Bauchner, Joshua S. and Ramani, Rekha, *International Regulatory Devices: Legal Research Guides to the EU Data Protection Directive and the Convention on Biological Diversity*, (Buffalo, NY: Hein, 2001).
- Beardwood, John and Fabiano, Daniel, "Approaches to 'Extra-jurisdictional' Data Transfers in Canadian and European Outsourcing: a Comparative Approach", *Computer Review International* vol. 6 (2005) , pp. 166-177.
- Becker, Richard K.A., "Transborder Data flows: Personal Data - Recommendations of the Organization for Economic Co-operation and Development concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder flows of Personal data, O.E.C.D. Doc. C(80) 58 (Oct. 1, 1980), *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981) pp 241-247.
- Belleil Arnaud, E-privacy: le marché des données personnelles: protection de la vie privée à l'âge d'Internet, (Paris: Dunod, 2001).
- Bergkamp, Lucas, *European Community law for the new economy* (Intersentia, Antwerp - Oxford - New York, 2003).
- Beyleveld, D et al (eds.), *The Data Protection Directive and medical research across Europe* (Aldershot: Ashgate, 2004).
- Bignami, Francesca, "Transgovernmental Networks vs. Democracy: the Case of the European Information Privacy Networks", *Michigan Journal of International Law*, vol .26 (2005) pp. 807-886.
- Bing, Jon, "The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection", *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol .5 (1984) pp. 271-303.
- Bureau international du Travail, *Protection des données personnelles des travailleurs [Texte imprimé]: recueil de directives pratiques du BIT* (Genève: Bureau international du Travail, 1997).
- Bothe, Michael, "Transborder Data Flows: Do we mean Freedom or Business?", *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1989), pp. 333-344.
- Bothe, Michael, "Data, Transborder flow and Protection", *Encyclopedia of Public Internatioanl Law*, Vol. One (North - Holland, Amsterdam, London, New York, Tokyo: 1992), pp. 950-961.
- Bourgeois, Claude (sous la direction de Jérôme Huet), *L'anonymat et les nouvelles technologies de l'information*, Thèse de l'Université René Descartes (Paris, 2003).
- Boyle, David C., "Proposal to Amend the United States Privacy Act to Extend Its Protections to Foreign Nationals and Non-Resident Aliens", *Cornell International Law Journal*, vol. 22 (1989), pp. 285-305.
- Burlin, Hughes, *La protection des données: quête et errements dans le Troisième Pilier, Actualités de droit pénal européen*, (Bruxelles: La Charte, 2003), pp. 133-152.
- Burke Michael E. et al, "Information Services, Technology, and Data Protection", *International Lawyer*, vol. 39 (2005) pp. 403-416.
- Carr, James G., "Wiretapping in West Germany", *American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), pp. 607-645.
- Chassigneux, Cynthia, *L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne*, (Ann Arbor. Michigan: UMI Dissertation Services, 2004).

Chatillon, Georges (Dir.), *Le Droit international de l'Internet: actes du Colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje* (Bruxelles, Bruylant, 2002).

Chene, Thibault (sous la direction de Monsieur Gaël Kostic), *La protection des données personnelles face aux fichiers des renseignements généraux*, Mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II (2005).

Chung, Chan-Mo and Shin, Ilsoon, "On-Line Data Protection and Cyberlaws in Korea", *Korean Journal of International & Comparative Law*, vol. 27 (1999) pp. 21-43.

Commission nationale de l'informatique et des libertés; [réd. par Louise Cadoux], *Voix, image et protection des données personnelles* (Paris: la Documentation française, 1996).

Crump, Catherine, "Data Retention: Privacy, Anonymity, and Accountability Online", *Stanford Law Review*, vol. 56 (2003-2004), pp. 191-229.

Damon, Lisa J., "Freedom of Information versus National Sovereignty: the need for a new global forum for the Resolution of Transborder data Flow Problems", *Fordham International Law Journal*, vol. 10 (1986-1987), pp. 262-287.

Daniel-Paczosa, Angela, "Data Protection and the Right to Privacy in the United States and West Germany: Comments and Notes", *Arizona Journal of International and Comparative Law* (1987), pp. 154-163.

de Graaf, Frits, "The Protection of Privacy in Dutch Law", *Human Rights*, vol. 5 (1975-1976), pp. 177-192.

De Schutter, B., "Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice", *Integrated Security in Europe: A Democratic Perspective*, Bruges, 14-17 November 2001, (Bruges: College of Europe, 2001) pp. 51-55.

De Schutter, Olivier, «Article II-68: Protection des données à caractère personnel», *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, vol. 2, (Bruxelles: Bruylant, 2005) pp. 122-152.

Dempsey, James X. and Flint, Lara M., "Commercial Data and National Security", *George Washington Law Review*, vol. 72 (2004), pp. 1459-1502.

Dhont, Jan and Perez Asinari, María Verónica, «New Physics and the Law: A Comparative Approach to the EU and US Privacy and Data Protection Regulation», in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, (Namur: Presses Universitaires de Namur, 2003), pp. 67-97.

Dilascio, Tracey, "How Safe is the Safe Harbor?: U. S. and E. U. Data Privacy Law and the Enforcement of the FTC's Safe Harbor Program", *Boston University International Law Journal*, vol. 22 (2004) pp. 399-424.

Easterbrook, Frank H., "Cyberspace and the Law of the Horse", *University of Chicago Legal Forum* (1996) pp. 207-216.

Eger, John M., "The Gloval Phenomenon of Teleinformatics: An Introduction", *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981), 203-236.

Elmajzoub, Mira (sous la dir. de Jean Frayssinet), *La gestion des données personnelles dans le secteur de la police en Europe*, Thèse de l'Université Montpellier I. (UFR Droit, 2004).

Epperson, G. Michael, "Contracts for Transnational Information Services: Securing Equivalency of Data Protection", *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), pp. 157-175.

Estadella-Yuste, Olga, "The Draft Directive of the European Community Regarding the Protection of Personal Data", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), pp. 170-179.

Evans, A.C., "European Data Protection Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), pp. 571-605.

- Fenoll-Trousseau, Marie-Pierre (dir.), *Internet et protection des données personnelles* (Paris: Litec, 2000).
- Fishman, William L., "Introduction to Transborder Data Flows", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 1-26.
- Fishman, William L., "Some Policy and Legal Issues in Transborder Data Flow", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980) pp. 179-188.
- Frazier, Leah E., "Extraterritorial enforcement of Pipedata: A Multi-tiered analysis", *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004) pp. 203-225.
- Gao, Fuping, "The E-Commerce Legal Environment in China: Status Quo and Issues", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 18 (2004), pp. 51-75.
- Garcia Belaude, Domingo, "El Habeas data y su configuración normativa (con algunos referencias a la Constitución peruana 1993)," in *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1 (1998) pp. 715-722.
- Gerards, Janneke Hilligle, Heringa, Aalt Willem and Janssen, Heleen Louise, *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective: General issues concerning genetic information, Genetic information in European states, International and national legal instruments, Regulation of genetic information in the United States* (Antwerp, Intersentia , 2005).
- Gevers, Sjef, "Human Tissue Research with Particular Reference to DNA Banking", *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, (Leiden: Nijhoff, 2005), pp. 231-244.
- Gilbert, Françoise, "Emerging issues in Global AIDS policy: Preserving privacy", *Whittier Law Review*, vol. 25 (2003), pp. 273-306.
- Goemans, Caroline and Dumortier, Jos, "Enforcement Issues - Mandatory Retention of Traffic Data in the EU: Possible Impact on Privacy and On-line Anonymity, in *Digital Anonymity and the Law: Tensions and Dimensions* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003) pp. 161-183.
- Gouras, Eckhart K., "The Reform of West German Data Protection Law as a Necessary Correlate to Improving Domestic Security", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 24 (1985-1986), pp. 597-621.
- Groetker, Ralf, "Looking for Mohammed: Data Screening in Search of Terrorists, in *Ethics of Terrorism & Counter-terrorism* (Frankfurt: Ontos Verl, 2005), pp. 301-318.
- Gubitz, Arnulf S., "The U. S. Aviation and Transportation Security Act of 2001 in Conflict with the E. U. Data Protection Laws: How much Access to Airline Passenger Data does the United States need to combat Terrorism?", *New England Law Review*, vol. 39 (2005) pp. 431-475.
- Heisenberg, Dorothee, *Negotiating privacy: The European Union, the United States, and Personal Data Protection* (Boulder, Lynne Rienner, 2005).
- Herran Ortiz, Ana Isabel, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información* (Bilbao, Universidad de Deusto, 2003).
- Hetcher, Steven, "Changing the Social Meaning of Privacy in Cyberspace", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15 (2001-2002) pp. 149-209.
- Hondius, Frits W., "Data Law in Europe", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 87-111.
- Hondius, Frits W., *Emerging Data Protection in Europe* (Amsterdam: North Holland Publishing Co., American Elsevier Publishing: New York 1975).

Hoofnagle, Chris Jay, "Big Brothers Little Helpers: How Choice Point and Other commercial Data Brokers Collect and Package Your Data for Law Enforcement", *North Carolina Journal of international Law and Commercial Regulation*, vol. 29 (2004) pp. 595-637.

Institut international d'administration publique (Editeur scientifique), *La protection des données personnelles* (Paris: Institut international d'administration publique, 1999).

Ivascanu, Daniela, "Legal Issues in Electronic Commerce in the Western Hemisphere", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 17 (2000) pp. 219-255.

Kang, Jerry, "Information Privacy in Cyberspace Transactions", *Stanford Law Review*, vol. 50 (1997-1998) pp. 1193-1220.

Kirby, Justice Michael D., "Transborder Data Flows and the "Basic Rules" of Data Privacy", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980) pp. 27-66.

Kossick, Robert, "The Internet in Latin America: New Opportunities, Developments, & Challenges", *American University International Law Review*, vol. 16 (2002-2001), pp. 1309-1341.

Lehdonvirta, Vili, "European Union Data Protection Directive: Adequacy of Data Protection in Singapore", *Singapore Journal of Legal Studies* (2004) pp. 511-546.

Lemay, Virginie (sous la dir. de Monsieur KOSTIC), *La protection des données personnelles face aux nouvelles conditions d'entrée aux États-Unis*, Mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II, 2004.

Lessig, Lawrence, "The Law of the Horse: What Cyberlaw might teach", *Harvard Law Review*, vol. 113, (1999-2000) pp. 501-549.

Lipowicz, Irena, Right to Information versus Data Protection: a Challenge for Modern Constitution and Modern Society, in *The Constitutional Revision in Today's Europe*, (London: Esperia, 2002) pp. 479-482.

Lowther, Ryan, "U.S. Privacy Regulations Dictated by EU Law: How the Healthcare Profession May Be Regulated", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003) pp. 435-454.

Lujan Fappiano, Oscar, Habeas data: na aproximación a su problemática y a su posible solución normativa, in *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1 (1998) pp. 643-666.

Manley, Thomas J. and Hobby, Scott M., "Globalization of Work: Offshore Outsourcing in the IT Age", *Emory International Law Review*, vol. 18 (2004) pp. 401-419.

Marçal Grilo Lobato de Faria, Maria Paula, *Données génétiques informatisées: un nouveau défi à la protection du droit à la confidentialité des données personnelles de santé* (Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 1999).

Marcelin, Franck (sous la direction de J-M Bruguier), *La protection des données personnelles et la régulation*, Thèse, 2002.

Marks, Stephen P., "Tying Prometheus Down: The International Law of Human Genetic Manipulation", *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), pp. 115-136.

Marliac-Negrier, Claire, *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, (Aix-Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2 vol. 1, 2001).

Mayer-Schönberger, Viktor, "The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation", *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002-2003), pp. 605-673.

Merl, Seth R., "Internet Communication Standards for the 21st Century: International Terrorism must force the U.S. to adopt "carnivore" and new electronic surveillance standards", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 27 (2001-2002), pp. 245-284.

- Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'État (Pierre Truche, Jean-Paul Faugere et Patrice Flichy ; Rapporteur général Maurice Ronai; conseiller juridique Jean-Philippe Mochon, Administration électronique et protection des données personnelles: livre blanc: rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État (Paris: La documentation française, 2002).
- Moncayo von Hase, Andrés, El comercio electrónico: problemas y tendencias en materia de protección de la propiedad intelectual y de los datos personales desde una perspectiva argentina e internacional, in *Derecho del comercio internacional: acuerdos regionales y OMC*, (Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004) pp. 275-342.
- Monnier, Gilles, *Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média: droit suisse de la personnalité aspects de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit de procédure* (Berne, Stämpfli, 1999).
- Munoz, Rodolphe, La protection des données des passagers, *Revue du droit de l'Union européenne: revue trimestrielle de droit européen* (2004) pp. 771-795.
- Nguy, Van N., "Using Architectural Constraints and Game Theory to Regulate International Cyberspace Behavior", *San Diego International Law Journal*, vol. 5(2004) pp. 431-463.
- Novotny, Eric J., "Transborder Data Flows and International Law: A Framework for Policy-Oriented Inquiry", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 141-180.
- Oble-Laffaire, Marie-Laure, *Protection des données à caractère personnel* (Paris, Ed. d'Organisation, 2005).
- Orengo, Erika (sous la dir. de Monsieur le Professeur J. Huet et Monsieur G. Kostic), *La protection des personnes dans le cadre des flux transfrontières de données personnelles*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris, 2002)
- Page, Gérald, *Le droit d'accès et de contestation dans le traitement des données personnelles: étude de base en droit privé suisse et américain* (Zürich, Schulthess, 1983).
- Palazzi, Pablo A., La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad, Argentina, América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002).
- Panel in Trade in Services: The case of transborder data flows, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 79 (1985) pp. 246-260.
- Panel on Legal issues of Transborder Data Transmission, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980) pp. 175-178.
- Perez Asinari, María Verónica, "Legal Constraints for the Protection of Privacy and personal Data in electronic Evidence", *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 18 (2004) pp. 231-250.
- Perrin, Jean-François, «La notion d'«effectivité» en droit européen, international et comparé de la protection des données personnelles», in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, (Genève, Librairie Droz, 2002) pp. 197-208.
- Pierre-Beausse, Cyril, *La protection des données personnelles*, (Luxembourg: Ed. Promoculture, 2005).
- Ploem, Corrette, "Freedom of Research and its Relation to the Right to Privacy", in *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, (Leiden: Nijhoff, 2005) pp. 161-173.
- Pool, Ithiel de Sola and Solomon, Richard Jay, "Intellectual Property and Transborder Data Flows", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980) pp. 113-139.
- Poulet, Yves, Perez Asinan, María Verónica, «Données des voyageurs aériens: le débat Europe – États-Unis», in *Journal des tribunaux: Droit européen*, vol. 12 (2004) pp. 266-274.
- Praeli, Francisco J. Eguiguren, "El hábeas data y su desarrollo en el Perú," in *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1 (1998) pp. 611-625.

- Quillere-Majzoub, Fabienne, «Les individus face aux systèmes d'information de l'Union européenne: l'impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen?», in *Journal du droit international*, vol. 132 (2005) pp. 609-635.
- Rehder, Jörg, Collins, Erika C., "The Legal Transfer of Employment-related Data to outside the European Union: Is it even still possible?" *International lawyer*, vol. 39 (2005) pp. 129-160.
- Renard, Aliénor, Les enjeux mondiaux de la protection des données personnelles dans le cadre de la communication en ligne, Mémoire de DESS Gestion européenne et internationale de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris, 2002).
- Ribs, Jacques, «20 ans de protection des données», ou Les droits de l'homme de la troisième génération, in *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (Barcelona, Bosch, 1998) pp. 597-611.
- Salbu, Steven R., "Regulation of Borderless High-Technology Economies: Managing Spillover Effects", *Chicago Journal of International Law*, (2002) pp. 137-153.
- Seitz, Nicolai, "Transborder Search: A New Perspective in Law Enforcement", *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 7 (2004-2005) pp. 23-50.
- Senat, Service des affaires européennes, Division des études de législation comparée, *La protection des données personnelles* (Paris: le Sénat, 1999).
- Shaffer, Gregory, "Globalization and Social Protection: The Impact of EU and International Rules in the Ratcheting Up of U.S. Privacy Standards", *Yale Journal of International Law*, vol. 25 (2000) pp. 1-87.
- Shaffer, Gregory, "The Power of EU Collective Action: the Impact of EU Data Privacy Regulation on US Business Practice", in *The Globalization of International Law* (Aldershot, Ashgate, 2005) pp. 497-515.
- Siegenthaler, Joanne, La protection des données à caractère personnel en Europe: spécificité de l'Union européenne et régime suisse, in *La Suisse saisie par l'Union européenne: thèmes choisis sur le droit et les politiques de L'UE*, (Fribourg, Edis, 2003) pp. 213-249.
- Siemen, Birte, "The EU-US Agreement on Passenger Name Records and EC-Law: Data Protection, Competences and Human Rights Issues in International Agreements of the Community", *German Yearbook of International Law*, vol. 47 (2004) pp. 629-665.
- Sihanya, Bernard, "Infotainment and Cyberlaw in Africa: Regulatory Benchmarks for the Third Millennium", *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10 (2000), pp. 583-639.
- Société de législation comparée, La Protection des données personnelles/troisièmes Journées franco-suissees, Dijon, 13-15 octobre 1986, Paris, Société de législation compare, 1987.
- Solove, Daniel J., "Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy", *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000-2001), pp. 1393-1462.
- Soma, John T., Rynerson, Stephen D. and Beall-Eder, Britney D., An Analysis of the Use of bilateral Agreements between transnational trading Groups: the U.S./EU E-Commerce Privacy Safe Harbor, *Texas International Law Journal*, vol. 39 (2004) pp. 171-214.
- Sussmann, Michael A. "The Critical Challenges from International High-tech and Computer related crime at the Millennium", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 9 (1998-1999), pp. 451-489.
- Swire, Peter P. and Litan, Robert E., *None of Your Business: World Data Flows, Electronic Commerce, and the European Privacy Directive* (Washington DC: Brookings Institute Press 1998).
- Tabatoni, Pierre, *La protection de la vie privée dans la société d'information* (Paris, Presses universitaires de France, 2002).

Taussig, Eric A., European Union Data Protection Directive, in *Cross-border Human Resources, Labour and Employment Issues: Proceedings of the New York University 54th Annual Conference on Labour*, (The Hague: Kluwer Law International, 2005) pp. 327-337.

Turn, Rein, "Privacy Protection and Security in Transnational Data Processing Systems", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980) pp. 67-86.

Wakana, Joann M., "The Future of Online Privacy: A Proposal for International Legislation", *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol. 20 (2003-2004) pp. 151-179.

Walden, Ian, "Anonymising Personal Data under European Law", in *Digital Anonymity and the Law: Tensions and Dimensions* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003) pp. 147-159.

Yarn, Douglas, "The Development of Canadian Law on Transborder Data Flow", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13 (1983), pp. 825-855.

Zgajewski, Tania, «L'échange des données personnelles des passagers aériens entre l'Union européenne et les États-Unis: une mise en lumière des faiblesses de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme», in *Studia diplomatica*, vol. 57 (2004) p. 117-15

Annexe E

La compétence extraterritoriale (Secrétariat)

A. Le contexte général

1. Jusqu'ici, l'État s'était toujours borné à exercer sa compétence à l'égard des personnes, des biens et des actes essentiellement à l'intérieur de son territoire et dans les situations assez exceptionnelles où ses nationaux voyageaient au-delà de ses frontières. Aujourd'hui, l'exercice par l'État d'une compétence extraterritoriale à l'égard de personnes, de biens ou d'actes hors de son territoire est devenu un phénomène de plus en plus courant, sous l'influence surtout des facteurs suivants: a) l'augmentation des mouvements de personnes au-delà des frontières nationales¹; b) le nombre croissant des sociétés multinationales; c) la globalisation de l'économie mondiale², y compris l'activité bancaire internationale et les marchés financiers internationaux; d) l'essor des activités criminelles transnationales, trafic de drogues, blanchiment d'argent, délits d'initié ou autres fraudes en valeurs mobilières et terrorisme international; e) l'expansion des migrations clandestines³; f) le recours croissant à l'Internet à travers les frontières nationales à des fins licites ou illicites comme les contrats électroniques, le commerce électronique et la cybercriminalité.

2. En exerçant sa compétence extraterritoriale, l'État tente de régler par la législation nationale, l'activité juridictionnelle ou l'exécution forcée, les comportements de personnes, les biens ou les actes qui, au-delà de ses frontières, le lèsent dans ses intérêts, en l'absence d'une telle réglementation jouant ce rôle en droit international. L'exercice de cette compétence tend à être plus courant dans le cas de certaines branches du droit interne, où les personnes, les biens

¹ «Depuis 1965, le nombre des migrants internationaux a doublé. En l'an 2000, il y en avait à peu près 175 millions de par le monde.» Jean-Daniel Gerber, «Foreword», in Alexander T. Aleinikoff et V. Chetail (dir. publ.), *Migration and International Legal Norms* (La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003), p. vii.

² «Le processus de mondialisation a transformé le monde. Les pays, les sociétés et les cultures des différentes régions du monde deviennent de plus en plus intégrés et interdépendants. Les nouvelles technologies permettent de transférer rapidement des capitaux, biens, services, informations et idées d'un pays ou d'un continent à un autre.» *Les migrations dans un monde interconnecté: Nouvelles perspectives d'action*, Rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales, octobre 2005, synopsis, p. 1, par. 1 et 2.

³ «On estime que, chaque année, 2,5 à 4 millions de migrants franchissent les frontières internationales sans autorisation.» Id., *ibid.*, p. 94.

ou les actes hors du territoire de l'État sont davantage appelés à léser ses intérêts, aux premiers rangs desquelles le droit pénal et le droit commercial.

3. Sur «la compétence extraterritoriale», la pratique des États en est à un stade avancé, et le sujet est concret. Bien que la codification apparaisse nécessaire, certains se demanderont peut-être si la pratique est suffisamment uniforme ou répandue pour justifier un effort de codification à l'heure actuelle. Or, à en juger par l'évolution récente à cet égard, on peut penser qu'il y a une convergence dans la pratique vers une vision plus uniforme du droit. Au surplus, les innovations dans le secteur des télécommunications et des transports font de la codification et du développement progressif des limites de la compétence extraterritoriale des États un exercice aussi opportun qu'important.

B. Aperçu succinct des normes et règles existantes

1. La notion de compétence extraterritoriale

4. On peut considérer que la notion de compétence extraterritoriale s'entend de l'exercice de l'autorité ou du pouvoir souverain de l'État hors de son territoire. Elle présente trois aspects qui demanderont sans doute à être examinés, à savoir, la compétence, l'extraterritorialité et le droit applicable.

5. Par compétence de l'État, on peut entendre de manière générale l'autorité ou le pouvoir souverain de l'État⁴. Plus précisément, la compétence de l'État peut se diviser en trois catégories, la compétence normative, la compétence juridictionnelle et la compétence d'exécution⁵. Le

⁴ Voir, par exemple, Bernard H. Oxman, «Jurisdiction of States», in Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1997), p. 55.

⁵ «Le terme “compétence” sert le plus souvent à décrire le pouvoir légitime de l'État de définir et faire respecter les droits et les devoirs, ainsi que de régler les comportements, des personnes physiques et morales. L'État exerce sa compétence en établissant des règles (ce que l'on appelle parfois l'exercice de sa compétence législative ou normative), en définissant les procédures applicables pour déterminer les manquements aux règles et les conséquences précises qui en découlent (la compétence juridictionnelle) et en imposant par la contrainte des conséquences comme la perte de la liberté ou des biens pour les violations ou, en attendant la décision de justice, les violations alléguées des règles (la compétence d'exécution, dite aussi parfois d'exécution “forcée” ou “exécutive”).». Bernard H. Oxman, *supra*, note 4, p. 55. Voir aussi Roger O'Keefe, «Universal Jurisdiction», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2 (2004), p. 736 à 740; Frederick A. Mann, «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», *Recueil des Cours...*, vol. 111 (1964-I), p. 1; Derek W. Bowett, «Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources», *BYBIL*, vol. 53 (1982), p. 1 à 26, voir p. 1 sq; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., (Oxford, Oxford University Press, 2003), p. 297; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 4^e éd., (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), p. 452; voir, parmi les auteurs de langue française, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 6^e éd., (Paris, L.G.D.J,

terme compétence normative désigne le pouvoir de l'État d'adopter une législation prévoyant des normes de conduite qui régissent les personnes, les biens ou les comportements. La compétence juridictionnelle renvoie au pouvoir de l'État de déterminer les droits des parties en vertu de son droit dans une affaire déterminée. Quant à la compétence d'exécution, elle s'entend du pouvoir de l'État d'imposer le respect de son droit. L'examen des divers types de compétence peut être important pour deux raisons. En premier lieu, la validité internationale de l'exercice de la compétence normative pour l'adoption d'une loi est la condition de validité de l'exercice de la compétence juridictionnelle ou d'exécution relativement à cette loi⁶. Deuxièmement, les conditions de licéité de l'exercice de différents types de compétence peuvent varier⁷. L'ingérence que peut entraîner l'exercice extraterritorial de la compétence normative est moindre que celle qui découlerait de celui de la compétence juridictionnelle ou de la compétence d'exécution.

6. La notion d'extraterritorialité s'entend relativement à un État comme recouvrant la sphère située au-delà de son territoire, c'est-à-dire de son sol, ses eaux intérieures, sa mer territoriale et l'espace aérien surjacent. La sphère située au-delà du territoire de l'État peut entrer dans le territoire d'un autre État ou se trouver en dehors de la juridiction territoriale de tout État, s'il

1999), p. 501 et 504, par. 334 et 336; Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 7^e éd., (Paris, Dalloz, 2004), p. 78 et suiv.; Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 6^e éd., (Paris, Montchrestien, 2004), p. 343 et suiv.

⁶ «Si la compétence au fond sort des limites de la licéité, toute compétence d'exécution qui en découlerait est illicite.» Brownlie, *supra*, note 5, p. 308; «Il est très généralement admis que l'État ne peut pas imposer l'application de ses règles à moins qu'il ne soit compétent pour les édicter.» Bernard H. Oxman, *supra*, note 4, p. 55; «Un État peut recourir à des mesures judiciaires ou autres pour induire ou forcer le respect ou punir le non-respect de ses lois ou règlements, à condition qu'il soit compétent pour [les] édicter...» *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (American Law Institute (dir. publ.), 1987, par. 431 (1), p. 321. En ce qui concerne le droit pénal: «Un tribunal ne saurait exercer sa compétence à l'égard d'un délit sur lequel la Constitution n'autoriserait pas les États-Unis (ou un État des États-Unis) à légiférer.» *Restatement*, *supra*, par. 422, observation c, p. 314. Il y a des vues divergentes au sujet de la distinction entre le deuxième et le troisième types de compétence, étant donné les rapports étroits qui existent entre les deux. Voir, par exemple, à propos de la compétence juridictionnelle, Robert Y. Jennings et A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. I – Peace (1992), p. 456; Michael Akehurst, «Jurisdiction in International Law», *BYBIL*, vol. 46 (1972-1973), p. 145 et suiv.; Bernard H. Oxman, *supra*, note 4, p. 55.

⁷ «Ces distinctions peuvent être importantes pour déterminer les limites de la compétence. Les contacts avec un État qui sont nécessaires pour justifier l'exercice de la compétence diffèrent selon la nature de la compétence qui est exercée.» Bernard H. Oxman, *supra*, note 4, p. 55.

s'agit de la haute mer et de l'espace aérien surjacent⁸ ou de l'espace⁹. Dans une perspective pratique aussi bien que juridique, les organes de l'État ne remplissent généralement les fonctions législative, juridictionnelle ou d'exécution que sur le territoire de l'État¹⁰. Les principes du droit international relatifs à l'intégrité territoriale et l'indépendance des États empêchent les organes d'un État d'être matériellement présents ou d'exercer leurs fonctions sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier¹¹. Au surplus, les cas exceptionnels, dans lesquels un État a pu tenter d'exercer sa compétence sur le territoire d'un autre État en y envoyant ses représentants sans le consentement de cet État sont généralement considérés comme une atteinte à l'intégrité territoriale et à l'indépendance d'un autre État¹². Certaines situations spéciales, dans lesquelles les autorités d'un État sont matériellement présentes et exercent leur compétence sur le territoire d'un autre État, dans le cas, par exemple, de locaux diplomatiques ou consulaires ou

⁸ Cette question est en majeure partie régie par des traités, tels l'article 8 du Traité de Montevideo sur le droit pénal international, du 19 mars 1940, Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, vol. 34, p. 71; les articles 1, 3 et 4 de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives à la compétence pénale en matière d'abordage et autres événements de navigation, signée le 10 mai 1952 à Bruxelles, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 439, n° 6332, p. 233; les articles 5, 6 et 11 de la Convention sur la haute mer, faite à Genève le 29 avril 1958, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 450, n° 6465, p. 83; les articles 19 et 21 de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, faite à Genève le 29 avril 1958, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 516, n° 7477, p. 207.

⁹ Il convient cependant de noter que le droit de l'espace constitue une branche à part du droit international, qui n'aurait pas sa place dans l'étude du présent sujet.

¹⁰ Dans des cas exceptionnels, un tribunal d'un État peut siéger sur le territoire d'un autre État en vertu d'un accord entre les États intéressés. Voir l'*Affaire de l'incident aérien de Lockerbie*, résolution 1192 (1998) du Conseil de sécurité en date du 27 août 1998, par. 4; pour le verdict et l'arrêt d'appel des juridictions écossaises, des 31 janvier 2001 et 14 mars 2002 respectivement, consulter: <http://www.scotcourts.gov.uk/library/lockerbite/index.asp>.

¹¹ Les principes de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique des États sont parmi ceux que consacre le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Dans l'*Affaire de l'île de Palmas*, l'arbitre unique, Max Huber, avait formulé les observations suivantes: «La souveraineté, dans les relations entre États, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques. Le développement de l'organisation internationale des États durant les derniers siècles et, comme corollaire, le développement du droit international ont établi le principe de la compétence exclusive de l'État en ce qui concerne son propre territoire, de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux.» *Affaire de l'île de Palmas* (Pays-Bas/États-Unis d'Amérique), sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 838. «Le principe directeur est qu'un État ne peut pas prendre de mesures en exécution de ses lois nationales sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier.» Ian Brownlie, *supra*, note 5, p. 306.

¹² «Il ne manque pas de cas où des États ont revendiqué le droit d'assurer eux-mêmes l'exécution de leurs lois à l'étranger. Mais l'accomplissement (au grand jour ou en secret) sur le territoire d'un autre État, sans son consentement, d'actes étatiques comme l'enlèvement du criminel nazi Eichmann en Argentine par Israël en 1960 ou celui d'*Alvarez-Machain* par des agents des États-Unis, ou encore le naufrage du *Rainbow Warrior* coulé par des agents français dans un port de Nouvelle-Zélande, même si quelques-uns sont contestés, constituent généralement des violations des principes d'intégrité territoriale et de non-ingérence.» Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev., dir. publ., (Londres, Routledge, 1997), p. 110.

de bases militaires se trouvant sur le territoire d'un autre État, sont régies par des règles spécifiques de droit international¹³, et non par le droit international relatif à la compétence extraterritoriale.

7. En ce qui concerne le droit applicable, la notion de compétence extraterritoriale peut s'entendre de l'exercice par un État de sa compétence en vertu de son droit interne dans son propre intérêt national, plutôt que de l'application d'un *droit étranger* ou du *droit international*. L'application par un État d'un droit étranger ou du droit international au lieu de son propre droit interne serait par conséquent exclue du champ de ce sujet, puisque ces situations ne constitueraient pas l'exercice par un État d'une compétence extraterritoriale au regard de son droit interne sur le fondement de ses intérêts nationaux.

2. Les principes de la compétence extraterritoriale

8. L'exercice de la compétence ou de l'autorité souveraine de l'État est souvent prévu dans son droit interne. En revanche, c'est le droit international qui détermine la licéité de l'exercice de cette compétence ou autorité – y compris la compétence extraterritoriale¹⁴.

9. L'arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire du «Lotus»* peut être considéré comme le point de départ de la prise en considération des règles du droit international régissant l'exercice extraterritorial de la juridiction de l'État¹⁵. La Cour y indique que la juridiction de l'État est de nature territoriale et que celui-ci ne saurait l'exercer hors de son territoire, en l'absence d'une règle permissive contraire du droit international. Cela dit, elle fait une distinction quand il s'agit de personnes, de biens ou d'actes hors du territoire, selon que l'État exerce sa juridiction hors de son territoire ou sur son territoire et constate que les États jouissent d'une large liberté à cet égard, en ces termes:

¹³ Des accords spéciaux régissent l'exercice de la compétence de l'État d'envoi ou de l'État d'accueil en ce qui concerne les étrangers, militaires ou civils, présents sur une base militaire; voir Helmut Rumpf, «Military Bases on Foreign Territory», in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3 (1997), p. 381 à 388, voir p. 381 et 382.

¹⁴ *Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*, Arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, *Recueil des arrêts, Publications de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) 1928*, série A n° 10, p. 18 et 19.

¹⁵ Ibid. Dans l'*Affaire du Lotus*, la Turquie avait exercé sa compétence juridictionnelle en matière pénale à l'égard d'un national français se trouvant sur un bateau français pour la mort de nationaux turcs se trouvant sur un bateau turc à la suite de la collision qui s'était produite entre les deux navires en haute mer, en le poursuivant après l'arrivée du vapeur français à Istanbul.

«Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.

Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international.

...

Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté.»

10. Depuis l'*Affaire du «Lotus»*, jugée par la Cour permanente de justice internationale en 1927, il s'est produit un certain nombre de changements importants en ce qui concerne la compétence extraterritoriale de l'État. Il existe en particulier plusieurs principes que le droit international contemporain permet d'affirmer pour justifier la compétence extraterritoriale de l'État, à savoir: a) la territorialité «objective»; b) la théorie ou «doctrine» des effets; c) la protection; d) la nationalité; et e) la personnalité passive. L'élément qui sous-tend tous les principes divers autorisant l'exercice extraterritorial de la compétence de l'État en droit international est l'intérêt légitime de l'État à affirmer sa compétence en pareil cas sur le fondement d'un lien suffisant de rattachement aux personnes, biens ou actes considérés.

11. Le *principe de la territorialité objective* peut s'entendre comme désignant la compétence que l'État peut exercer à l'égard de personnes, biens ou actes hors de son territoire lorsqu'un élément constitutif du comportement qu'il s'agit de régler s'est manifesté sur son territoire.

12. Par *théorie des effets*, on peut entendre la compétence affirmée à l'égard du comportement d'un étranger hors du territoire de l'État qui produit un effet substantiel dans ce territoire. Ce fondement, certes intimement lié au principe de la territorialité objective, n'exige pas pour autant qu'un élément du comportement se manifeste sur le territoire de l'État régulateur.

13. Le *principe de la protection* peut s'entendre comme désignant la compétence qu'un État peut exercer à l'égard de personnes, de biens ou d'actes qui, à l'étranger, mettent en péril ses intérêts nationaux fondamentaux, telle une menace étrangère contre sa sécurité nationale. Ce principe de compétence peut être envisagé comme une application particulière de la territorialité objective ou de la théorie des effets.

14. Le *principe de la nationalité* peut s'entendre comme désignant la compétence qu'un État peut exercer à l'égard des activités de ses nationaux à l'étranger, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de sociétés, aéronefs ou navires¹⁶. Ce principe de compétence bien établi repose sur l'autorité souveraine de l'État à l'égard de ses nationaux.

15. Le *principe de la personnalité passive* peut s'entendre comme désignant la compétence qu'un État peut exercer à l'égard d'un comportement qui se produit à l'étranger et lèse un ou plusieurs de ses nationaux. Ce principe de compétence, qui a pu dans le passé être contesté par certains États, est plus largement accepté depuis quelques années¹⁷.

16. Le *principe de l'universalité* peut s'entendre comme désignant la compétence que tout État peut exercer à l'égard de certains crimes de droit international dans l'intérêt de la communauté internationale. L'État peut exercer cette compétence même en l'absence de lien particulier avec l'auteur, la victime ou le *locus situs* du crime, dans le cas, par exemple, d'un crime commis par un étranger sur la personne d'un autre étranger hors de son territoire. Toutefois, comme l'État exerce cette compétence dans l'intérêt de la communauté internationale, et non pas exclusivement dans son propre intérêt national, ce principe de compétence sortirait du champ du présent sujet.

¹⁶ La nationalité d'une personne, d'une société, d'un aéronef ou d'un navire relève des règles applicables du droit interne comme du droit international. La Commission du droit international s'est déjà penchée sur ces règles au cours de l'examen d'autres sujets.

¹⁷ En ce qui concerne le droit pénal, voir l'opinion individuelle commune de M^{me} Higgins et MM. Koojimans et Buergenthal, juges, dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *infra*, note 23). Voir aussi l'article 4 de la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 704, n° 10106, 1969, p. 221, et l'article 5 de la Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 1979, Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1983, vol. 1316, n° 21931, p. 212.

17. Les principes relatifs à la compétence extraterritoriale de l'État seront brièvement examinés ci-dessous par rapport aux branches du droit interne qui sont particulièrement pertinentes à cet égard, à savoir, le droit pénal et le droit commercial¹⁸.

3. La compétence extraterritoriale dans certaines branches du droit

a) Droit pénal

18. L'affirmation par les États de leur compétence normative ou juridictionnelle dans les affaires de droit pénal a toujours reposé sur un certain nombre de principes de compétence solidement établis. Bien que celui de la «territorialité» soit considéré comme le titre primordial de compétence dans les affaires de droit pénal¹⁹, la «territorialité objective» et la «nationalité» sont aussi des principes bien établis²⁰, tandis que le recours à la personnalité passive, la protection ou la théorie des effets, par exemple, a été plus controversé. Il n'empêche que, dans la période toute récente, la pratique des États indique qu'ils ont généralement tendance à élargir les bases classiques de la compétence pénale pour certains types bien précis d'actes criminels

¹⁸ La compétence extraterritoriale a sans doute aussi de plus en plus de sens dans le droit de l'immigration et celui de l'environnement. L'application extraterritoriale des lois sur l'immigration est de plus en plus fréquente depuis quelques années, avec l'interdiction des étrangers en situation irrégulière qui tentent de gagner par la mer les côtes d'un autre État et celle des étrangers soupçonnés d'activités terroristes. Du côté du droit de l'environnement, un État pourra être tenté de régler les comportements ou les situations pouvant produire des effets dommageables sur l'environnement, dans leur propre territoire ou à l'échelle planétaire, qui se manifestent en haute mer ou sur le territoire d'un autre État. Voir, par exemple, Austen L. Parrish, «Trail Smelter déjà vu: extraterritoriality, international environmental law, and the search for solutions to Canadian-U.S. transboundary water pollution disputes», *Boston University Law Review*, vol. 85, 2005, p. 363 à 430.

¹⁹ Voir l'*Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*, *supra*, note 14, p. 20.

²⁰ Les pays de *common law* ont tendance à limiter les infractions pénales pour lesquelles ils exercent leur compétence à l'égard de leurs nationaux à l'étranger aux actes très graves (comme la trahison, le meurtre ou la bigamie), mais ils n'ont jamais protesté contre le recours extensif à la nationalité comme fondement de la compétence pénale. Il est intéressant de noter à cet égard que le Congrès des États-Unis a récemment voté une loi qui établit la compétence fédérale pour les crimes et délits commis par des civils accompagnant les forces militaires hors des États-Unis, ainsi que pour ceux qui ont été commis par des membres des forces armées quittant le service actif avant d'être poursuivis en cour martiale. Cette loi de 2000, intitulée *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (Publ. L. n° 106-523, 114 Stat. 2488 (2000) (codifiée dans le *Recueil des lois* 18 U.S.C. 3261-67 (2002)), était destinée à combler une lacune en matière de compétence dans le cas de crimes et délits comme le viol, l'incendie criminel, le vol qualifié, le vol et la fraude (voir Mark J. Yost and Douglas S. Anderson, «The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Closing the Gap», *AJIL*, vol. 95 (2001), p. 446 à 454). Pour la jurisprudence des pays de *common law*, voir *United States v. Bowman* (260 U.S. 94 (1992)), *Blackmer v. United States* (284 U.S. 421 (1932)) ou *United States v. Boshell* (952 F.2d 1101 (9th Cir. 1991)).

commis à l'étranger, qui ont un caractère international particulièrement marqué dans leur portée et leur effet, comme le terrorisme, la cybercriminalité et les infractions liées aux drogues²¹.

19. Le principe de la personnalité passive, suivant lequel l'État est compétent pour les crimes commis à l'étranger sur la personne de l'un de ses nationaux, quoique controversé dans le passé²², trouve «à présent son expression ... dans la législation de divers pays ... et suscite aujourd'hui relativement peu d'opposition, au moins en ce qui concerne une certaine catégorie d'infractions»²³. Dans le cas du terrorisme, en particulier, certains États qui à l'origine étaient réticents à appliquer le principe de la personnalité passive reconnaissent à présent qu'il est approprié comme titre de compétence. Les lois²⁴ et la jurisprudence²⁵ récentes en matière de terrorisme offrent à cet égard des exemples particulièrement intéressants.

²¹ Voir, pour cette extension générale en ce qui concerne le blanchiment d'argent, la loi américaine de 2001 (*International Money Laundering Abatement and Anti-Terrorist Financing Act*, Pub. L. n° 107-56, 115 Stat. 272 (2001)).

²² En particulier aux États-Unis et au Royaume-Uni: voir, par exemple, *United States v. Columba-Colella* (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)) et *United States v. Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833 (9th Cir. 1994)); voir aussi l'affaire *Cutting* (*in* John B. Moore, *Digest of International Law*, Washington, vol. 2, 1906, p. 228 à 242), dans laquelle les États-Unis avaient vivement protesté contre l'affirmation par le Mexique de sa compétence pour un crime commis par un citoyen des États-Unis sur la personne d'un Mexicain aux États-Unis. Voir, toutefois, le rejet en 1974 par la France de la demande israélienne d'extradition d'un terroriste palestinien au motif que cette demande reposait sur le principe de la personnalité passive (cf. Eric Cafritz et Omer Tene, «Article 113-7 of the French Penal Code: The Passive Personality Principle», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), p. 585 à 599, voir p. 594).

²³ Opinion individuelle commune de M^{me} Higgins et MM. Koojimans et Buergenthal, juges, dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 77, par. 47. De fait, il ressort de la pratique internationale que la plupart des États, y compris les États-Unis, donnent effet à ce principe mais en limitent l'application à des crimes déterminés (sur le terrorisme, voir *infra*). Dans le cas des États-Unis, voir, par exemple, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, *supra*, note 6, par. 402, p. 240), où il est dit que le principe de la personnalité passive n'a pas été généralement admis pour les délits ou les crimes de droit commun; la Chine, l'Italie et le Danemark limitent l'exercice de la compétence sur le fondement de la personnalité passive à certaines catégories de crimes ou aux crimes punis de peines atteignant un certain minimum; la double incrimination est une condition légale obligatoire de la compétence au titre de la personnalité passive en Grèce, Finlande, Norvège et Suède; selon le Code pénal norvégien, seul le Roi peut engager des poursuites lorsque la compétence repose sur la personnalité passive; la Finlande, l'Italie et la Suède exigent aussi le consentement de l'exécutif pour l'application du principe (Eric Cafritz et Omer Tene, *supra*, note 22, p. 594). Et de fait, voir, à cet égard, l'article 113-7 nouveau du Code pénal français, qui prévoit l'application du principe de la personnalité passive à n'importe quelle catégorie de crimes.

²⁴ Voir, par exemple, 18 U.S.C.A. 2332a (a)(1) (2004), concernant l'utilisation d'armes de destruction massive en rapport avec le terrorisme; 18 U.S.C.A. 2332f (b)(2)(B) (2002), concernant le bombardement de lieux publics, installations officielles, réseaux de transport en commun et équipements d'infrastructure en rapport avec le terrorisme. En ce qui concerne la France, voir, par exemple, la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975, *J.O.*, 13 juillet 1975, p. 7219.

²⁵ Voir, par exemple, *United States v. Yunis* (681 F. Suppl. 896 (1988)); *United States v. Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833 (9th Cir. (1994))).

20. Bien qu'il soit d'ordinaire limité à des crimes très précis et aux actes politiques²⁶, le principe de protection, qui permet à l'État d'exercer sa compétence à l'égard de l'étranger ayant commis à l'étranger un acte jugé mettre en péril certains intérêts nationaux fondamentaux, est sans doute particulièrement pertinent pour les nouveaux types de cybercriminalité et de terrorisme. À ce propos, quelques États ont élargi leur interprétation de la notion d'«intérêts vitaux» pour faire face à leurs problèmes de sécurité contre le terrorisme, ils ont intégré le principe de la protection à leur législation²⁷ et l'ont appliqué dans quelques affaires judiciaires²⁸.

21. La théorie des effets, qui justifie l'exercice de la compétence de l'État lorsqu'un comportement qui s'est manifesté à l'étranger a des effets substantiels sur le territoire de cet État, a récemment été appliquée aussi en matière pénale²⁹. La législation nationale de certains États prévoit un effet extraterritorial en autorisant son application aux personnes qui s'en tiennent à

²⁶ Voir *Harvard Research in International Law, Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime* (*Supplement AJIL*, vol. 29, p. 543 et 561); ce projet de convention rattache la notion de «protection» à celles de «sûreté de l'État» et de «falsification». Le principe de la protection est aussi appliqué habituellement aux infractions concernant la monnaie, l'immigration ou l'économie (Ian Brownlie, *supra*, note 5, p. 302). Voir, par exemple, pour des applications nationales de ce principe, les décisions de tribunaux des États-Unis et du Royaume-Uni, respectivement, dans les affaires *United States v. Pizzarusso*, 388 F.2d 8 (2th Cir. 1968), *United States v. Egan*, 501 F. Suppl. 1252 (S.D.N.Y. 1980) et *Naim Molvan v. A.G. for Palestine* ((1948) AC 531, *Ann. Digest*, 15 (1948), 115), *Joyce v. D.P.P.* ((1946) AC 347, *Ann. Digest*, 15 (1948), 91).

²⁷ Voir, par exemple, 18 U.S.C.A. 2332f (b) (2) E (2002), concernant le bombardement de lieux publics, installations de services officiels, réseaux de transport en commun et équipements d'infrastructure en rapport avec le terrorisme; 18 U.S.C.A. 2332g (b) (4) (2004), concernant les systèmes de missiles destinés à détruire des aéronefs en rapport avec le terrorisme.

²⁸ Pour une affaire récente, voir *United States v. Ben Laden* (92F. Suppl. 2d 189) (S.D.N.Y. 2000), où le juge fédéral a conclu que la compétence extraterritoriale prévue par la loi antiterrorisme se justifiait par le principe de la protection en droit international (cf. James T. Gathii, «Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law», *Albany Law Review*, vol. 67 (2003-2004), p. 335-370, à p. 343); voir, pour des affaires plus anciennes liées au «terrorisme», *Wechsler* (Conseil de Guerre de Paris, 20 juillet 1947, *J.D.I.*, vol. 44, p. 1745), *In re Urios* ([1919-1922] *Ann. Dig.* 107 (n° 70 (Cour de Cassation, France, 1920)), *In re Bayot* ([1923-1924] *Ann. Dig.* 109 (n° 54) (Cour de Cassation, France, 1923)), *Nusselein v. Belgian State* ([1950] *Ann. Dig.* 136 (n° 35) (Cour de Cassation, Belgique, 1950)).

²⁹ Bien que dans la jurisprudence de certains États (d'Europe occidentale surtout), le principe de la territorialité paraisse être le principal titre de compétence retenu pour lutter contre la cybercriminalité, l'interprétation qui en est donnée est si large qu'il ressemble sans doute à une application de la théorie des effets ou du principe de la protection. Voir, pour des applications apparentes du principe de la territorialité, la décision d'un tribunal britannique au sujet des contenus pornographiques d'un site Web (Southwark, Crown Court, *R. v. Graham Waddon*, 30 juin 1999, [2002] AII ER 502) et l'arrêt de la Haute Cour australienne, *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick* (2002) HCA 56 (10 décembre 2002)). Voir, en sens contraire, pour des interprétations larges du principe de la territorialité ressemblant à des applications de la théorie des effets ou du principe de la protection, la décision de la Cour de justice fédérale allemande dans l'affaire *Toben* (BGH 46, 212, Arrêt du 12 décembre 2000), au sujet de la négation de l'holocauste sur l'Internet, et la décision d'un tribunal français dans l'affaire *Yahoo!* (suivie aux États-Unis d'une autre: *Yahoo! Inc v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme*, 169 F. Suppl. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001)). Voir Yulia A. Timofeeva, «World Wide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), p. 202 et suiv.

l'intention d'importer des drogues de l'étranger ou qui conspirent à cet effet, encore qu'aucun comportement ne se soit concrétisé sur le territoire de l'État exerçant sa juridiction³⁰.

22. En ce qui concerne la compétence d'exécution, l'État ne peut pas imposer l'application de son droit pénal, c'est-à-dire enquêter sur des crimes ou délits ou arrêter des suspects, sur le territoire d'un autre État sans le consentement de cet autre État³¹. Dans certains cas, toutefois, des États ont envoyé des représentants sur le territoire d'un autre État en vue d'imposer l'application de leur droit pénal en procédant, notamment, à des enquêtes³² ou en arrêtant des suspects sur le territoire d'autres pays³³ dans des affaires de terrorisme, cybercriminalité et trafic de drogues³⁴.

b) Droit commercial

23. La mondialisation accrue de l'économie a amené les États, pour protéger leurs intérêts économiques face aux sociétés multinationales et autres acteurs économiques mondiaux, à

³⁰ Aux États-Unis, voir les textes appliqués par le juge américain dans l'affaire *Noriega* (*United States v. Noriega*, 117 F.3d 1206, at. 1515-19 (11th Cir. 1997)); voir aussi la loi sur les voyages (US Travel Act, 18 U.S.C. 1952 (a) (3) (2002)).

³¹ Il est à noter toutefois que l'incapacité de l'État d'imposer sa compétence a été jugée par certains tribunaux nationaux ne pas porter atteinte à sa capacité de légiférer ou de statuer sur la question considérée. Voir, par exemple, la décision de la Cour de justice fédérale allemande en l'affaire *Toben* (*supra*, note 29) et l'affaire *Yahoo!* (*supra*, note 29).

³² Les États-Unis, par exemple, ont reconnu avoir mené dans la période récente des enquêtes sur le territoire russe à la recherche de certaines données, au motif que ces données auraient autrement été perdues (voir pour plus de détails Patricia L. Bellia, «Chasing Bits across Borders», *University of Chicago Legal Forum* (2001), p. 40).

³³ L'importante question soulevée par ces enlèvements était de savoir si les tribunaux étaient compétents pour juger des gens illicitement conduits devant eux. La jurisprudence est très divisée sur ce point: en ce qui concerne les tribunaux des États-Unis, voir *Ker v. Illinois* (119 U.S. 436 (1866)), *Frisbie v. Collins* (342 U.S. 519 (1952)), *United States v. Yunis* (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991) et *United States v. Alvarez-Machain* (504 U.S. 655 (1992)); mais aussi, pour une autre solution donnée par un juge américain, voir *United States v. Toscanino* (500 F.2d 267 (2th Cir. 1974)); dans le cas d'autres États: en Israël, l'affaire *Eichmann* (District Court of Jerusalem, *Attorney General of Israel v. Eichmann* (1968) 36 ILR 5, case n° 40/61); en Angleterre, *Ex parte Susannah Scott*, 109 Eng. Rep. 166 (K. B. 1829); mais aussi, pour une autre solution, voir *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court* (Ex parte Bennett) (1993, 3 P, 138 (H.L)); pour le Canada, voir *In re Harnett* (1973, 1 O.R.2d 206, 207 (Can)); pour l'Allemagne, voir la décision de la Cour constitutionnelle fédérale, dans laquelle celle-ci jugeait qu'une personne enlevée ne doit être restituée que lorsque la nation victime proteste contre l'enlèvement (39 Neue Juridische Wochenschrift 1427 (1986) (Cour const. féd. all. 1985); pour l'Afrique du Sud, voir *State (South Africa) v. Ebrahim* (1991, 2) SALR 553 (A)); à cet égard, voir Yulia A. Timofeeva, *supra*, note 29, p. 202 et suiv.).

³⁴ On dit habituellement que ces actes constituent une atteinte à la souveraineté des États protégée par l'article 2, par. 4, de la Charte des Nations Unies et, en ce qui concerne les enlèvements, une violation de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que des États européens s'y trouvent mêlés (voir, sur ce dernier point, l'affaire *Stocke c. Allemagne* – 11755/85 [1991] C.E.D.H. 25 (19 mars 1991) et l'affaire *Ocalan c. Turquie* – 46221/99 [2005] C.E.D.H. 282 (12 mai 2005).

invoquer de plus en plus souvent une compétence extraterritoriale. Bien que l'affirmation d'une compétence extraterritoriale dans des lois nationales dans le domaine commercial se soit heurtée à une résistance substantielle, dans certains domaines, comme celui du droit de la concurrence et du droit antitrust, de telles mesures ont peu à peu fini par être acceptées. Si les États-Unis³⁵ sont le pays qui a promulgué le plus de mesures extraterritoriales dans ce domaine, des organisations régionales comme l'Union européenne³⁶, et d'autres États comme la France³⁷, l'Allemagne³⁸ et, tout récemment, la République de Corée³⁹ ont également adopté des lois d'application extraterritoriale.

³⁵ À cet égard, il faut citer deux lois commerciales des États-Unis: la loi Sherman de 1890 et la loi Sarbanes-Oxley de 2002. La première est la principale loi antitrust américaine, qui interdit tout contrat, convention ou entente visant à limiter le commerce interétatique ou avec l'étranger et toute monopolisation ou tentative de monopolisation d'une part quelconque de ce commerce. Elle prévoit des sanctions financières en cas d'infraction. La loi Sarbanes-Oxley de 2002 régit l'administration des sociétés commerciales cotées sur les bourses des États-Unis d'Amérique et «a vocation à s'appliquer à toutes les sociétés cotées sur les marchés de capitaux des États-Unis» sans aucune exception pour les sociétés étrangères. Voir Corinne A. Falencki, «Sarbanes-Oxley: Ignoring the Presumption against Extraterritoriality», *George Washington International Law Review*, vol. 36, 2004, p. 1216.

³⁶ L'Union européenne, bien qu'ayant initialement résisté à la compétence territoriale et vivement critiqué la pratique des États-Unis à cet égard, a de facto élargi sa compétence pour contrôler les fusions, acquisitions et coentreprises intervenant hors du territoire de ses États membres. De fait, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que certaines sociétés étrangères et leurs activités à l'étranger relevaient de sa compétence et elle leur a appliqué les dispositions relatives à la concurrence des articles 81 et 82 (les anciens 85 et 86) du Traité instituant la Communauté européenne et le Règlement du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (n° 4064/89) modifié par le Règlement du Conseil n° 1310/97. Voir David J. Feeney, «The European Commission's Extraterritorial Jurisdiction over Corporate Mergers», *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002), p. 427.

³⁷ L'exemple le plus connu est la disposition très critiquée du Code civil français autorisant les tribunaux français à connaître des contrats signés à l'étranger entre un Français et un étranger. Voir Jean Combacau et Serge Sur, note 5 *supra*, p. 354.

³⁸ La loi allemande contre les entraves à la concurrence a été initialement adoptée en 1957 et a subi plusieurs révisions majeures, dont la dernière remonte à 1998, pour être encore amendée en 1999: l'article 130, par. 2, dispose que «la présente loi s'applique à toutes les entraves à la concurrence qui ont un effet dans le domaine auquel la présente loi s'applique, même si elles résultent d'actes accomplis en dehors de ce territoire». Toutes les interdictions et les prescriptions en matière de notification s'appliquent donc aux activités qui ont un effet direct, raisonnablement prévisible et significatif (pas nécessairement substantiel). Cette loi a été régulièrement appliquée aux entreprises étrangères. (<http://www.antitrust.de/>, consulté pour la dernière fois le 21 juin 2006.) Voir également A. V. Lowe, «The problems of extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution», *ICLQ*, vol. 34 (1985), p. 736, citant également David J. Gerber, «The Extraterritorial Application of the German Antitrust Laws», *AJIL*, vol. 77 (1983), p. 756 à 783.

³⁹ Récemment, la République de Corée a elle aussi appliqué sa législation antitrust extraterritorialement. Le 1^{er} avril 2005, la loi sur la réglementation des monopoles et les pratiques commerciales équitables, applicable extraterritorialement, est entrée en vigueur. Cet amendement vise à harmoniser la loi avec la pratique récente de certains tribunaux coréens depuis 2002 consistant à appliquer la loi antitrust nationale à certains fabricants étrangers. Voir la décision du 4 avril 2002 (affaire 02-77) de la Commission coréenne de la concurrence, confirmée par la décision en date du 26 août 2003 (2002nu 14647) de la Haute Cour de Séoul et la décision du 29 avril 2003 (affaire 03-98) de la Commission coréenne de la concurrence; voir également Youngjin Jung, «Korean Competition Law: First Step towards Globalization», *Journal of Korean Law*, vol. 4, n° 2 (2005), p. 177 à 200 et Won-Ki Kim,

24. En droit commercial, les États ont spécialement fondé leur compétence extraterritoriale sur le principe de la nationalité et la «théorie des effets». L'Union européenne, par exemple, a invoqué, à l'égard des sociétés nationales ayant des filiales locales, une théorie élargie de la nationalité pour établir sa compétence en ce qui concerne leurs activités⁴⁰. Les États-Unis, quant à eux, invoquent de plus en plus la «théorie des effets» pour établir leur juridiction sur le comportement des acteurs étrangers à l'étranger, dès lors qu'il vise à avoir et a effectivement un effet sur le marché interne des États-Unis⁴¹, bien que cette démarche se soit heurtée à une certaine opposition au niveau international⁴².

25. L'élargissement de la juridiction extraterritoriale d'un État et de la «théorie des effets» à des activités contraires aux intérêts de la politique étrangère d'un État s'est révélé particulièrement controversé. Un exemple en est fourni par les tentatives faites par les États-Unis pour imposer des sanctions économiques à Cuba et à la Libye au moyen de mesures extraterritoriales comme la loi Helms-Burton et la loi D'Amato-Kennedy de 1996. Ces mesures ont provoqué des protestations diplomatiques, l'adoption de lois visant à en bloquer les effets, l'engagement de procédures de règlement des différends à l'Organisation mondiale du commerce par les États susceptibles d'être affectés⁴³. Finalement, il a été convenu que l'application des dispositions extraterritoriales de ces mesures serait indéfiniment suspendue.

26. L'invocation par un État du principe de la personnalité passive pour établir sa compétence judiciaire dans le domaine du droit commercial s'est également révélée controversée s'agissant

«The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law and its Adoption in Korea», *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (2003), p. 368 à 411.

⁴⁰ Cour de justice des Communautés européennes, *Imperial Chemical Industries c. Commission des Communautés européennes*, affaire 48/69, 14 juillet 1972; *Europemballage Corp. and Continental Can Co. Inc. c. Commission des Communautés européennes*, affaire 6/72, 21 février 1973; *Istituto Chemioterapico Italiano SpA. et Commercial Solvents Corporation c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes 6 et 7/73, 6 mars 1974. Voir également David J. Feeney, *supra*, note 36, p. 426 et Joseph J. Norton, «The European Court of Justice Judgment in United Brands: Extraterritorial Jurisdiction and Abuse of Dominant Position», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 8 (1979), p. 379-414.

⁴¹ Voir, par exemple, *F. Hoffman-LaRoche Ltd. c. Empagran*, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (2004).

⁴² «La théorie de la compétence territoriale dite “des effets”, quels que soient son contenu exact et ses critères, a suscité une importante controverse dans les milieux juridiques internationaux et a fait l'objet de vifs débats au sein de la Communauté.» Joseph J. Norton, note 40 *supra*, p. 385.

⁴³ Voir ci-dessous, sect. IV.

d'une disposition du Code civil français autorisant les tribunaux français à connaître de tout différend découlant d'un contrat conclu entre un Français et un étranger⁴⁴.

27. En ce qui concerne la compétence en matière d'exécution, bien que d'une manière générale le droit international interdise l'invocation d'une juridiction extraterritoriale en matière d'exécution sans le consentement de l'État territorial, des États ont parfois conclu des accords internationaux permettant l'exécution extraterritoriale de leur législation dans le domaine du commerce et de la concurrence⁴⁵.

C. Conséquences de l'exercice illicite de la compétence extraterritoriale

28. L'exercice d'une compétence extraterritoriale par un État ne doit être admis par les autres États que dans la mesure où il est compatible avec le droit international. Si un État juge excessive la compétence extraterritoriale exercée par un autre État, il peut s'opposer à cet exercice de différentes manières. Cette opposition a notamment pris diverses formes: protestations diplomatiques⁴⁶; non-reconnaissance de lois, ordonnances

⁴⁴ Voir Jean Combacau et Serge Sur, note 5 *supra*, p. 354.

⁴⁵ Voir Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée (entre les États membres de la Communauté européenne), *ILM*, vol. 29 (1990), p. 1413; Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (entre les États membres de la Communauté européenne et de l'AELE), *ILM*, vol. 28 (1989), p. 620; la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des jugements et sentences arbitrales rendus à l'étranger (entre les États membres de l'Organisation des États américains), *ILM*, vol. 18 (1979), p. 1224; la Convention interaméricaine sur la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères, *ILM*, vol. 24 (1985), p. 468; le Règlement n° 44/2001 du Conseil, en date du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel L.012, 16/01/2001, p. 0001 à 0023. Voir également les Statuts du Fonds monétaire international, dont l'article VIII.2 dispose: «Les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un État membre et sont contraires à la réglementation du contrôle des changes de cet État membre maintenu ou imposé conformément aux présents statuts ne sont exécutoires sur les territoires d'aucun État membre». Voir A. V. Lowe, *supra*, note 38, p. 732.

⁴⁶ Par exemple, aussi bien la Communauté européenne que le Royaume-Uni ont protesté lorsque les États-Unis ont amendé leur Règlement sur l'administration des exportations pour interdire l'exportation de matériel d'exploitation pétrolière et gazière à destination de l'Union soviétique. Dans ses observations, la Communauté européenne énonçait les dispositions des mesures contestées et déclarait notamment: «Les mesures prises par les États-Unis telles qu'elles s'appliquent en l'espèce sont inacceptables en droit international en raison de leurs aspects extraterritoriaux. Elles visent à régir les activités hors des États-Unis de sociétés qui n'ont pas la nationalité des États-Unis, et en particulier le traitement des biens et données techniques de ces sociétés en dehors des États-Unis.». Voir Note et observations de la Communauté européenne sur les modifications en date du 22 juin 1982 de la loi sur l'administration des exportations, présentées au Département d'État des États-Unis le 12 août 1982; Note sur le même sujet présentée par le Gouvernement du Royaume-Uni le 18 octobre 1982; et aide-mémoire supplémentaire présenté par la Communauté européenne le 14 mars 1983, dans A. V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction: An Annotated Collection of Legal Materials* (Cambridge: Grotius Publications Limited, 1983), p. 201. On peut citer,

ou jugements⁴⁷; mesures législatives comme des «lois de blocage»⁴⁸, lois de «recouvrement» («*claw-back statutes*»⁴⁹; mesures judiciaires telles qu'ordonnances de ne pas faire⁵⁰, et introduction d'instances internationales⁵¹. Les limites de la reconnaissance d'une compétence

comme autres exemples de protestations diplomatiques à l'exercice d'une compétence extraterritoriale, l'aide-mémoire du Japon en date du 23 août 1960 et du 20 mars 1961 adressé au Département d'État des États-Unis, *ibid.*, p. 121 (extrait), et l'aide-mémoire du Royaume-Uni adressé à la Commission des Communautés européennes, 20 octobre 1969, *ibid.*, p. 144.

⁴⁷ «Lorsqu'un État ou ses tribunaux ont agi à l'encontre du droit international, y compris aux règles relatives à l'exercice de la compétence, les autres États sont, en droit international, habilités à (mais non obligés de) refuser de donner effet à tout acte juridique ... En pratique, la plupart des États, dans leurs règles de droit international privé, font en sorte que les lois et décisions d'États étrangers qui outrepassent les limites de compétence autorisées par le droit international ne soient pas reconnues ni exécutées à l'étranger.» Robert Y. Jennings et A. Watts, *supra*, note 6, p. 485. En particulier, certains États refusent généralement de donner effet aux lois de droit public des autres États, comme les lois fiscales, pénales et d'expropriation. Voir, d'une manière générale, *ibid.*, p. 488 à 498.

⁴⁸ Une loi «de blocage» est une loi adoptée par l'État contestant la licéité de l'exercice de la compétence qui vise à empêcher l'application de la disposition contestée, souvent en créant un conflit direct de lois. Ses dispositions peuvent, par exemple, interdire aux nationaux de coopérer aux procédures ou enquêtes de tribunaux étrangers ou de se conformer aux lois extraterritoriales des autres États, déclarer les jugements fondés sur de telles dispositions inexécutables et autoriser l'indemnisation du préjudice qu'elles causent. Par l'effet de la doctrine de la nécessité imposée par un État étranger examinée ci-après, les lois de blocage peuvent avoir pour effet additionnel de limiter l'applicabilité d'une mesure extraterritoriale même dans l'État qui l'a prise. Dans les États qui appliquent cette doctrine, un tribunal national n'exigera pas l'application de la mesure extraterritoriale en cause, car cette application nécessiterait une violation des lois de l'État territorial. Par exemple, plusieurs États ont adopté des mesures de protection en réaction à l'adoption par les États-Unis de la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* de 1996 (également appelée «loi Helms-Burton»), qui visait à punir les sociétés non américaines commerçant avec Cuba. Le Canada a modifié sa loi sur les mesures extraterritoriales étrangères (R.S.C., chap. F-29, par. 3 (1985) amendée par le chapitre 28, 1996 S. C. (Can.)); le Mexique a adopté la loi sur la protection du commerce et des investissements contre les politiques étrangères contraires au droit international (disponible à l'adresse <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/doc/63.doc>); et l'Union européenne a adopté le Règlement 2271/96 (Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil, 1996 J.O. (L 309) 1-6). Voir John Boscaroli, «An Anatomy of a Cuban Pyjama Crisis: Reconsidering Blocking Legislation in Response to Extraterritorial Trade Measures of the United States», *Law and Policy in International Business*, vol. 30 (1999), p. 439 à 499, p. 441 et 442 et 471 à 474 (décrivant la loi canadienne sur les mesures extraterritoriales étrangères); Alexander Layton et Anharad M. Parry, «Extraterritorial Jurisdiction – European Responses», *Houston Journal of International Law*, vol. 26 (2004), p. 311 et 312 (décrivant le *Protection of Trading Interests Act* de 1980 du Royaume-Uni, c. 11 par. 1 (1)(b)(Eng.)); Harry L. Clark, «Dealing with U.S. Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20, (1999), p. 81 à 92. Voir également A. V. Lowe, *supra*, note 46, p. 79 à 219 (textes de diverses lois de blocage de différents États).

⁴⁹ Voir par exemple le Règlement du Conseil de l'Union européenne n° 2271/96, art. 6, J.O. 1996 (L 309) et la loi canadienne sur les mesures extraterritoriales étrangères, *supra*, note 47, par. 9 (1) (a).

⁵⁰ Par exemple, dans l'affaire *U.S. v. Imperial Chemical Industries*, une société britannique a pu obtenir d'un tribunal britannique une ordonnance interdisant à une partie au procès d'exécuter une ordonnance d'effet extraterritorial rendue par un tribunal des États-Unis. Voir Robert Y. Jennings et A. Watts, *supra*, note 6, p. 477, note 50 (citant notamment *U.S. v. Imperial Chemical Industries* (1952) F. Suppl. 215).

⁵¹ «En principe, lorsqu'un État outrepassé sa compétence, sa responsabilité est engagée même en l'absence d'intention de causer un préjudice à un autre État.» Ian Brownlie, *supra*, note 5, p. 312. Ainsi, des États ont pu demander réparation devant des juridictions internationales lorsque d'autres États avaient outrepassé leur compétence. L'exemple le plus frappant de tels recours est l'affaire du *Lotus* elle-même, dans laquelle la France demandait réparation à la Turquie au motif que ce pays avait outrepassé sa compétence. Dans l'affaire *Eichmann*,

extraterritoriale ainsi que les réactions possibles à l'exercice illicite d'une telle juridiction pourraient être envisagées dans le projet.

D. Priorité lorsque deux compétences sont en concurrence

29. Il peut arriver que l'État revendiquant une compétence extraterritoriale soit le seul État ayant un lien avec la personne, le bien ou la situation en cause, qui ne se trouve sur le territoire d'aucun État. Dans un tel cas, l'État aura compétence exclusive. Plus fréquemment, la compétence extraterritoriale d'un État coïncide avec la compétence d'un ou plusieurs autres États, en particulier l'État territorial. Les compétences concurrentes peuvent donner lieu à des différends quant à celle qui est prioritaire. Dans la relation entre compétence extraterritoriale et compétence territoriale, la question se pose en termes de priorité⁵². À cet égard, il peut être nécessaire de distinguer entre compétence législative ou juridictionnelle et compétence en matière d'exécution.

30. C'est en effet en matière législative ou juridictionnelle que ces questions de priorité se posent le plus fréquemment. Certains États ont élaboré des principes ou règles généraux pour régler de telles situations. Par exemple, les tribunaux d'un État peuvent être appelés à appliquer extraterritorialement la législation d'un autre État. Pour réduire au minimum le risque de conflits et faire preuve de déférence envers les États étrangers, les tribunaux de certains États ont adopté une présomption contre l'application extraterritoriale de leur loi nationale⁵³. Ainsi, en l'absence d'indication expresse quant à l'intention du législateur de rendre telle loi ou tel règlement applicable aux étrangers pour des actes commis à l'étranger, le tribunal considérera que le législateur n'avait pas une telle intention. Cette règle est fondée en partie sur les principes de la

le différend concernant l'exercice par Israël d'une compétence d'exécution en Argentine a été porté devant le Conseil de sécurité, et les deux États sont parvenus à un accord.

⁵² Voir Robert Y. Jennings et A. Watts, *supra*, note 6, p. 458 («La territorialité est le premier fondement de la compétence; même si un autre État a une base de compétence concurrente, son droit d'exercer cette compétence est limité si, ce faisant, il allait à l'encontre des droits de l'État territorialement compétent»); Patrick Dailler et Alain Pellet, *supra*, note 5, p. 498 et 499 et 502 («La rigidité de solutions théoriques résultant de la hiérarchie des compétences et, en particulier, de la primauté de la souveraineté territoriale sur la compétence personnelle, qui exclut en principe toute application, au moins forcée, du droit national à l'étranger ...»).

⁵³ Voir Frederick A. Mann, *supra*, note 5, p. 63 et 64; *F. Hoffman-LaRoche v. Empagran*, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359, Cour suprême des États-Unis, 14 juin 2004 («Premièrement, la Cour interprète généralement les lois ambiguës de manière à éviter toute atteinte déraisonnable à l'autorité souveraine des autres nations.»).

courtoisie et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États, en partie sur des considérations pratiques.

31. Une autre règle élaborée par les tribunaux face aux revendications concurrentes de compétence résultant de mesures extraterritoriales est la doctrine de la nécessité imposée par un État étranger. Selon cette doctrine, peut être considérée comme pénalement ou civilement responsable la partie qui a, dans un autre État, fait quelque chose qui était imposé par la législation de cet État⁵⁴. C'est pourquoi une mesure extraterritoriale directement contraire à une disposition pénale de l'État territorial ne sera pas appliquée par un tribunal compétent, même s'il est établi que l'exercice de la compétence était raisonnable.

32. Les questions de compétences concurrentes ne se posent pas souvent en matière de compétence d'exécution. De manière générale, les États ne sont pas autorisés à appliquer leurs lois sur le territoire d'un autre État sans le *consentement* de cet État. Comme la Cour permanente de Justice internationale l'a déclaré dans l'affaire du «Lotus», «la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure ... tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État»⁵⁵. Ainsi, lorsque Israël a capturé Adolf Eichmann en territoire argentin et l'a amené en Israël pour le juger, le Conseil de sécurité a demandé au Gouvernement israélien d'assurer une réparation adéquate à l'Argentine⁵⁶.

E. Élaboration d'un instrument

33. Un instrument sur le sujet pourrait viser à énoncer des principes généraux et des règles plus spécifiques régissant l'exercice d'une compétence extraterritoriale en droit international public. L'examen des normes et règles existantes indique qu'il existe en la matière une très abondante pratique des États dont la Commission pourrait s'inspirer.

⁵⁴ Voir Harry L. Clark, *supra*, note 48, p. 92 et 93; Ian Brownlie, *supra*, note 5, p. 308 (citant le juge Robert Y. Jennings, BYBIL, vol. 33, 1957, p. 151); Richard K. Gardiner, *International Law*, Londres (Pearson Education Ltd., 2003) p. 325; Robert Y. Jennings et A. Watts, *supra*, note 6, p. 464 et 465.

⁵⁵ *Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*, *supra*, note 14.

⁵⁶ Résolution 138 (1960) du Conseil de sécurité. Mais voir *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, *International Law Reports*, vol. 36, p. 5; *U.S. v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655, Cour suprême des États-Unis (1992).

34. Les développements technologiques récents et la mondialisation de l'économie, qui limitent la capacité des États de protéger leurs intérêts nationaux au moyen des seuls principes traditionnels régissant la compétence, ont contribué à un accroissement des désaccords et de l'incertitude au sujet de certains aspects du droit régissant la compétence extraterritoriale. Il faudra donc peut-être, pour élaborer un projet d'instrument sur le sujet, compléter la codification du droit par une activité substantielle de développement progressif. Si la pratique des États révèle dans l'apparition de nouvelles règles ou l'extension des règles traditionnelles, plusieurs tendances marquées susceptibles de guider la Commission s'agissant de résoudre les points de désaccord et donc d'améliorer la clarté et la certitude dans un domaine du droit international d'une importance pratique croissante, l'élaboration d'un projet d'instrument sur le sujet pourrait exiger un développement progressif du droit.

Portée du sujet

35. Le sujet de la compétence en général étant vaste, il sera important de bien délimiter la portée du sujet. Des tentatives de codification ont envisagé la compétence extraterritoriale du point de vue plus large de la compétence en général⁵⁷, mais le sujet peut être limité au seul exercice d'une compétence extraterritoriale. En outre, il peut être limité au seul droit national appliqué extraterritorialement.

36. Il est certains domaines du droit dans lesquels les questions de compétence extraterritoriale susceptibles de se poser sont dans une certaine mesure réglementées par des régimes spéciaux. Les plus importants de ces domaines sont le droit de la mer, le droit de l'espace, le droit international humanitaire et le droit fiscal. De plus, l'exercice d'une compétence extraterritoriale en matière d'assistance et de coopération judiciaires et policières ainsi que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers sont, pour la plus grande part, régies par des accords internationaux, régionaux et bilatéraux existants. Ces règles spéciales peuvent fournir des indications dans l'élaboration des principes et règles généraux en matière de compétence extraterritoriale, mais le projet d'instrument sera sans préjudice des régimes juridiques existants.

⁵⁷ *Harvard Research in International Law, Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime, supra*, note 26, p. 439; American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, supra*, note 6. Il convient de noter que le *Restatement*, en particulier, est d'une pertinence limitée aux fins de la présente étude, étant principalement axé sur la pratique des États-Unis.

37. Même si, souvent, l'exercice par les États d'une compétence extraterritoriale peut entraîner l'exercice d'une compétence concurrente, il ne sera pas nécessaire de revenir sur les règles de droit international privé dégagées par les États pour résoudre de tels conflits. Il peut toutefois être utile d'énoncer dans le projet les principes généraux de courtoisie particulièrement pertinents s'agissant de régler les différends résultant de l'exercice d'une compétence extraterritoriale.

38. Un aspect du sujet qui n'a pas été pleinement traité lors des précédentes entreprises de codification est celui des conséquences de l'exercice illicite d'une compétence extraterritoriale. Bien que cet aspect soit dans une certaine mesure envisagé dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, il existe aussi dans ce domaine une abondante pratique des États qui pourrait être étudiée afin d'établir des règles et procédures pour le règlement des problèmes spécifiques qui peuvent se poser dans le cadre des différends relatifs à l'exercice illicite d'une compétence extraterritoriale.

Définitions

39. L'un des aspects essentiels de l'étude consiste à définir les principaux concepts qui seront utilisés dans l'instrument. La définition des termes «compétence» et «extraterritoriale» est cruciale pour déterminer le champ d'application de l'instrument. Au fur et à mesure que l'étude du sujet progressera, il faudra peut-être définir d'autres termes dans le projet.

40. La notion de *compétence* de l'État peut être comprise comme désignant d'une manière générale la puissance ou l'autorité souveraine de l'État. À cet égard, on peut distinguer trois types de compétences, la compétence normative, la compétence juridictionnelle et la compétence d'exécution.

41. La notion d'«extraterritorialité» peut s'entendre comme visant la zone se trouvant au-delà du territoire de l'État, constitué par son territoire terrestre, ses eaux intérieures, sa mer territoriale ainsi que son espace aérien. Cette zone peut faire partie du territoire d'un autre État ou ne relever de la compétence territoriale d'aucun État.

Principes fondamentaux de la compétence extraterritoriale

42. Il est généralement admis que pour qu'un État puisse valablement exercer sa compétence à l'égard d'une personne physique ou morale, d'un bien ou d'une situation, un lien doit exister entre lui et cette personne, ce bien ou cette situation. Les types de liens susceptibles de justifier l'exercice d'une compétence extraterritoriale sont reflétés dans les principes généraux du droit international qui régissent cet exercice. Ces principes sont les suivants:

- Principe de territorialité en tant qu'il a trait à la compétence extraterritoriale
 - o Territorialité objective
 - o Théorie des effets
- La nationalité
- La personnalité passive
- La protection.

43. Tout exercice de compétence extraterritoriale doit reposer sur au moins un des principes ci-dessus pour être licite au regard du droit international. Plus d'un de ces principes peuvent être pertinents s'agissant de déterminer en fonction des circonstances la licéité d'un tel exercice dans un cas particulier.

Règles relatives à l'exercice de la compétence extraterritoriale

44. La force du lien qui doit rattacher l'État à une personne, à un bien ou une situation pour qu'il puisse valablement exercer sa compétence extraterritoriale peut varier selon le type de compétence que l'État entend exercer. Il sera donc nécessaire d'indiquer dans quelle mesure les divers principes de compétence peuvent valablement fonder l'exercice d'une compétence extraterritoriale normative, juridictionnelle ou d'exécution. L'exercice d'une compétence extraterritoriale peut aussi poser des problèmes particuliers dans certains domaines du droit, comme ceux que posent la cybercriminalité en droit pénal ou le commerce électronique en droit commercial. Il pourrait donc aussi être utile de prévoir des dispositions spécifiques sur ces types

de problèmes spéciaux qui risquent de n'être pas suffisamment pris en compte dans la formulation de règles et principes généraux.

Limites à l'exercice par les États d'une compétence extraterritoriale

45. L'exercice d'une compétence extraterritoriale est assujéti à des limites découlant de principes fondamentaux du droit international, tels que l'égalité souveraine des États, l'intégrité territoriale de l'État et la non-intervention dans les affaires intérieures des autres États, qui sont consacrés dans la Charte des Nations Unies. Des considérations de courtoisie doivent également intervenir dans l'exercice de la compétence extraterritoriale.

Conséquences de l'exercice illicite d'une compétence extraterritoriale

46. Lorsqu'un État considère l'exercice par un autre État d'une compétence extraterritoriale comme illicite au regard du droit international, les États concernés ont une obligation générale de coopérer pour régler le différend. Un instrument juridique sur le sujet devrait également prévoir une procédure de règlement de ces différends qui comprendrait: une notification indiquant que l'exercice de la compétence est considéré comme illicite, un examen de la licéité de l'exercice de la compétence par l'État qui l'a exercée à la lumière des principes fondamentaux et la prise en compte des objections de l'État affecté.

Projet de plan d'un instrument sur la compétence extraterritoriale

- I. Dispositions générales
 1. Champ d'application
 2. Relations avec d'autres régimes juridiques
 - a) *Lex specialis*
 - b) Régimes conventionnels préexistants
 3. Définitions
- II. Principes de compétence
 1. Principe de la territorialité

- a) Territorialité objective
- b) Théorie des effets
- 2. Principe de la nationalité
- 3. Principe de la personnalité passive
- 4. Principe de la protection
- III. Exercice d'une compétence extraterritoriale
 - 1. Compétence normative
 - 2. Compétence juridictionnelle
 - 3. Compétence d'exécution
 - 4. Domaines spécifiques du droit
- IV. Limites à l'exercice d'une compétence extraterritoriale
 - 1. Souveraineté, intégrité territoriale et non-intervention
 - 2. Courtoisie
 - a) Présomption contre l'extraterritorialité
 - b) Doctrine de la contrainte imposée par un État étranger
 - c) Principe du caractère raisonnable
- V. Règlement des différends
 - 1. Obligation générale de coopérer
 - 2. Obligation de notification
 - 3. Obligation d'examiner les mesures extraterritoriales
 - 4. Droit général de prendre des contre-mesures
 - 5. Mécanisme de règlement des différends.

Selected Bibliography

A. International Jurisprudence

1. Judicial Organs

a) Permanent Court of International Justice

Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey), Judgment No. 9 of 7 September 1927, *P.C.I.J. Reports 1928*, Series A. No. 10.

b) International Court of Justice

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment 14 February 2002, Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3.

c) European Court of Human Rights

Stocke v. Germany, Judgment, 19 March 1991, Application No. 11755/85, *European human rights reports*, 1991, vol. 13, No. 6, pp. 839-852.

Loizidou v. Turkey, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 18 December 1996, Application No. 15318/89, *ECHR Reports of Judgments and Decisions*, 1996-VI, p. 2236.

Öcalan v. Turkey, Judgment, 12 May 2005, Application No. 46221/99.

d) Court of Justice of the European Communities

Imperial Chemical Industries v. Commission of the European Community, case 48/69, 14 July 1972.

Europemballage Corp. and Continental Can Co. v. Commission of the European Community, case 6/72, 21 February 1973.

Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Community, joined cases 6 and 7/73, 6 March 1974.

2. Arbitral Tribunals

Fur Seal Arbitration in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the U.S. has been a Party*, (Washington, vol. 1, 1898), pp. 755-961.

Cutting case in John B. Moore, *Digest of International Law*, (Washington, vol. 2, 1906), pp. 228-242.

B. National Jurisprudence

Ex parte Susannah Scott, 109 Eng. Rep 166 (K.B. 1829).

Ker v. Illinois (119 U.S. 436 (1866)).

In re Urios ([1919-1922] Ann. Dig. 107 (No. 70 (Cour de cassation criminel, France, 1920))).

U.S. v. Bowman (260 U.S. 94 (1922)).

In re Bayot ([1923-1924] Ann. Dig. 109 (No. 54) (Cour de Cassation, France, 1923))).

Joyce v. D.P.P. ((1946) AC 347, *Ann. Digest*, 15 (1948), 91).

Wechsler, Conseil de Guerre de Paris, July 20, 1947, *Journal de droit international*, vol. 44, p. 1745.

Naim Molvan v. A.G. for Palestine ((1948) AC 531, *Ann. Digest*, 15 (1948), 115).

Nusselein v. Belgian State ([1950] *Ann. Dig.* 136 (No. 35) (Cour de cassation, Belgique, 1950)).

Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, District Court of Jerusalem, 12-15 December 1961, *International Legal Reports*, vol. 36, p. 5.

In re Harnett, 1973, 1 O.R.2d 206 (Can)).

United States v. Columba-Colella (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)).

Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d 774 (D.C Cir. 1984).

Federal Constitutional Court (39 *Neue Juritische Wochenschrift* 1427 (1986) (Ger. Fed. Const. Ct. 1985).

United States v. Yunis (681 F.Supp. 896 (1988)).

State (South Africa) v. Ebrahim (1991, (2) SALR 553 (A)).

United States v. Yunis (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)).

United States v. Alvarez-Machain (504 U.S. 655 (1992)).

R. v. Horseferry Road Magistrates' Court (Ex parte Bennett) (1993, 3 P, 138 (H.L)).

United States v. Vasquez-Velasco, 15 F.3d 833, 838-39 (9th Cir. 1994).

Noriega case (*United States v. Noriega*, 117 F.3d 1206, at. 1515-19 (11th Cir. 1997)).

Bangoura v. Washington Post ([2004] 235 D.L.R. (4th) 564) and the Italian Court of Cassation (Corte de Cassazione, closed session, sect. V, 27 December 2000, Judgment No. 4741).

Toben case (BGH 46, 212, Urteil vom 12.12.2000).

United States v. Ben Laden (92 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000).

Estate of Cabello v. Fernandez-Larios, 157 F. Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2001)).

United States v. Bustos-Useche (273 F.3d 622 (5th Cir. 2001), *cert. denied*, 535 U.S. 1071 (2002)).

Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001)).

Aguinda v. Texaco, Inc., 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002).

Korea Fair Trade Commission decision of 4 April 2002 (case 02-77), confirmed by the Seoul High Court Decision of 26 August 2003 (2002nu 14647) and KFTC decision of 29 April 2003 (case 03-98).

Sinaltrainal v. Coca-Cola Co., 256 F. Supp. 2d 1345 (S.D.Fla. 2003).

F. Hoffman-LaRoche v. Empagran, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (14 June 2004).

C. International Organizations

1. United Nations

Security Council, resolution 1192, 27 August 1998.

2. Council of Europe

Council of Europe, Recommendation No. R (97) 11 of the Committee of Ministers to Member States on the amended model plan for the classification of documents concerning State practice in the field of public international law, 12 June 1997, Appendix, Part Eight (II).

D. Literature

Whitman, Christina Brooks (ed.), "Extraterritorial Jurisdiction and Jurisdiction Following Forcible Abductions: A New Israeli Precedent in International Law. Notes", *Michigan Law Review*, vol. 72 (1973-1974), pp. 1087-1113.

Akehurst, Michael, "Jurisdiction in International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 46 (1972-1973), pp. 145-257.

Bellia, Patricia L., "Chasing Bits across Borders", *University of Chicago Legal Forum*, . (2001), pp. 35-101.

Boscariol, John, "An Anatomy of a Cuban Pyjama Crisis: Reconsidering Blocking Legislation in Response to Extraterritorial Trade Measures of the United States", *Law and Policy in International Business*, vol. 30 (1999), pp. 439-499.

Bowett, Derek W., "Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources", *British Yearbook of International Law*, vol. 53 (1982), pp. 1-26.

Cafritz, Eric and Omer Tene, "Article 113-7 of the French Penal Code: The Passive Personality Principle", *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), pp. 585-599.

Clark, Harry L., "Dealing with U.S. Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), pp. 61-96.

Dunning, Timothy S., "D'Amato in a China Shop: Problems of Extraterritoriality with the Iran and Libya Sanctions Act of 1996", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19 (1998), p. 169, at p. 177.

Falencki, Corinne A., "Sarbanes-Oxley: Ignoring the Presumption against Extraterritoriality", *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), pp. 1211-1238.

Feeney, David J., "The European Commission's Extraterritorial Jurisdiction over Corporate Mergers", *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002-2003), pp. 425-491.

Gathii, James T., "Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law", *Albany Law Review*, vol. 67, pp. 335-370.

Gerber, David J., "The Extraterritorial Application of the German Antitrust Laws", *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), pp. 756-783.

Jung, Youngjin, "Korean Competition Law: First Step towards Globalization", *Journal of Korean Law*, vol. 4 (2005), pp. 177-200.

Kim, Won-Ki, "The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law and its Adoption in Korea", *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (2003), pp. 386-411.

Layton, Alexander and Parry, Anharad M., "Extraterritorial Jurisdiction – European Responses", *Houston Journal of International Law*, vol. 26 (2004), pp. 309-325.

Meng, Werner, "Extraterritorial Effects of Administrative, Judicial and Legislative Acts", in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2 (Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1995), pp. 337-343.

Norton, Joseph Jude, "The European Court of Justice Judgment in United Brands: Extraterritorial Jurisdiction and Abuse of Dominant Position", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 8 (1979), pp. 379-414.

O'Keefe, Roger, "Universal Jurisdiction", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2 (2004), pp. 735-760.

Siddarth Fernandes, "F. Hoffman-Laroche, Ltd. v. Empagran and the Extraterritoriality Limits of United States Antitrust Jurisdiction: Where Comity and Deterrence Collide", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), pp. 267-318.

Timofeeva, Yulia A., "World Wide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), pp. 199-225.

Yost, Mark J. and Douglas S. Anderson, "The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Closing the Gap", *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), pp. 446-454.

E. Other documents

Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, Harvard Research in International Law, *Supplement American Journal of International Law*, vol. 29, pp. 435-652.
