A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 1)

# ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

# 2006

*Volume II*
*Première partie*

*Documents de la cinquante-huitième session*

NATIONS UNIES

A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 1)

# ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

# 2006

*Volume II*
*Première partie*

*Documents de la cinquante-huitième session*

NATIONS UNIES
New York et Genève, 2016

**NOTE**

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

Le titre *Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire…*, suivi de la mention de l'année (par exemple, *Annuaire… 2006*).

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

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

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

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

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

*

* *

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

A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 1)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

*Numéro de vente*: F.11.V.12 (Part 1)
ISBN 978-92-1-233527-8
e-ISBN 978-92-1-057933-9

ISSN 0497-9877

## TABLE DES MATIÈRES


*Pages*

Abréviations et sigles ..... v

Note concernant les citations ..... vi

**Nomination à des sièges devenus vacants après élection** (point 1 de l'ordre du jour)

*Document A/CN.4/563.* Note du Secrétariat ..... 1

**Protection diplomatique** (point 2 de l'ordre du jour)

*Document A/CN.4/567.* Septième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, Rapporteur spécial ..... 3

*Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2.* Commentaires et observations reçus des gouvernements ..... 31

*Document A/CN.4/575.* Commentaires et observations reçus des gouvernements ..... 69

**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)** [point 3 de l'ordre du jour]

*Document A/CN.4/566.* Troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Rapporteur spécial ..... 73

*Document A/CN.4/562 et Add.1.* Commentaires et observations reçus des gouvernements ... 91

**Responsabilité des organisations internationales** (point 4 de l'ordre du jour)

*Document A/CN.4/564 et Add.1 et 2.* Quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, par M. Giorgio Gaja, Rapporteur spécial ..... 105

*Document A/CN.4/568 et Add.1.* Commentaires et observations reçus des organisations internationales ..... 129

**Actes unilatéraux des États** (point 6 de l'ordre du jour)

*Document A/CN.4/569 et Add.1.* Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États, par M. Víctor Rodríguez Cedeño, Rapporteur spécial ..... 151

**Les réserves aux traités** (point 7 de l'ordre du jour)

*Document A/CN.4/572.* Note sur le projet de directive 3.1.5 (Définition de l'objet et du but du traité), par M. Alain Pellet, Rapporteur spécial ..... 185

*Document A/CN.4/574.* Onzième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, Rapporteur spécial ..... 187

**Expulsion des étrangers** (point 8 de l'ordre du jour)

*Document A/CN.4/573.* Deuxième rapport sur l'expulsion des étrangers, par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial ..... 223

**Effets des conflits armés sur les traités** (point 9 de l'ordre du jour)

*Document A/CN.4/570.* Deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, par M. Ian Brownlie, Rapporteur spécial ..... 259

**L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)** [Point 10 de l'ordre du jour]

*Document A/CN.4/571.* Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), par M. Zdzislaw Galicki, Rapporteur spécial ..... 267

**Répertoire des documents de la cinquante-huitième session**..... 281

## ABRÉVIATIONS ET SIGLES

| | |
|---|---|
| AIEA | Agence internationale de l'énergie atomique |
| AOI | Organisation arabe pour l'industrialisation |
| CDI | Commission du droit international |
| CEE | Communauté économique européenne |
| CERN | Organisation européenne pour la recherche nucléaire |
| CICR | Comité international de la Croix-Rouge |
| CIJ | Cour internationale de Justice |
| CIRDI | Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements |
| CNUCED | Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement |
| CPJI | Cour permanente de justice internationale |
| FAO | Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture |
| FMI | Fonds monétaire international |
| HCR | Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés |
| INTERPOL | Organisation internationale de police criminelle |
| OCDE | Organisation de coopération et de développement économiques |
| OEA | Organisation des États américains |
| OIAC | Organisation pour l'interdiction des armes chimiques |
| OIM | Organisation internationale pour les migrations |
| OIT | Organisation internationale du Travail |
| OMC | Organisation mondiale du commerce |
| OMPI | Organisation mondiale de la propriété intellectuelle |
| OMS | Organisation mondiale de la Santé |
| ONG | Organisation non gouvernementale |
| OTAN | Organisation du Traité de l'Atlantique Nord |
| OUA | Organisation de l'unité africaine |
| PNUD | Programme des Nations Unies pour le développement |
| TIDM | Tribunal international du droit de la mer |
| UICN | Union internationale pour la conservation de la nature |
| UNESCO | Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture |

*

* *

| | |
|---|---|
| *C.I.J. Recueil* | CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances* |
| *C.P.J.I. série A* | CPJI, *Recueil des arrêts* (nos 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus) |
| *C.P.J.I. série B* | CPJI, *Recueil des avis consultatifs* (nos 1 à 18, jusqu'en 1930 inclus) |
| *C.P.J.I. série A/B* | CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (nos 40 à 80, à partir de 1931) |
| *C.P.J.I. série C* | CPJI, *Plaidoiries, exposés oraux et documents* (nos 52 à 88, à partir de 1931) |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris) |
| *RGDIP* | *Revue générale de droit international public* |
| *TIDM Recueil* | Tribunal international du droit de la mer, *Recueil des arrêts, avis consultatifs, ordonnances* |

*

* *

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

*

* *

## NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

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

*

* *

Adresse Internet de la Commission du droit international: **http://legal.un.org/ilc/**.

# NOMINATION À DES SIÈGES DEVENUS VACANTS APRÈS ÉLECTION (ARTICLE 11 DU STATUT)

[Point 1 de l'ordre du jour]

**DOCUMENT A/CN.4/563**

## Note du Secrétariat

*[Original: anglais]*
*[30 janvier 2006]*

1. À la suite de l'élection de M. Bernardo Sepúlveda à la Cour internationale de Justice le 7 novembre 2005 et de sa démission de la Commission du droit international qui s'est ensuivie, un siège est vacant à la Commission.

2. En pareil cas, l'article 11 du statut de la Commission s'applique. Il dispose:

> En cas de vacance survenant après élection, la Commission pourvoit elle-même au siège vacant, en tenant compte des dispositions contenues dans les articles 2 et 8 ci-dessus.

L'article 2 est ainsi conçu:

> 1. La Commission se compose de trente-quatre membres, possédant une compétence reconnue en matière de droit international.
>
> 2. Elle ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même État.
>
> 3. En cas de double nationalité, un candidat sera considéré comme ayant la nationalité du pays dans lequel il exerce ordinairement ses droits civils et politiques.

L'article 8 est ainsi conçu:

> À l'élection, les électeurs auront en vue que les personnes appelées à faire partie de la Commission réunissent individuellement les conditions requises et que, dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde soit assurée.

3. Le mandat du membre qui sera élu par la Commission expirera à la fin de l'année 2006.

# PROTECTION DIPLOMATIQUE

[Point 2 de l'ordre du jour]

**DOCUMENT A/CN.4/567**

## Septième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, Rapporteur spécial

*[Original: anglais]*
*[7 mars 2006]*

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Pages* |
|---|---|---|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | | 4 |
| Ouvrages cités dans le présent rapport | | 4 |
| | *Paragraphes* | |
| INTRODUCTION | 1-7 | 5 |
| *Chapitres* | | |
| I. EXAMEN DU PROJET D'ARTICLES | 8-92 | 6 |
| A. Article 1 | 8-21 | 6 |
| Protection diplomatique et assistance consulaire | 15-21 | 7 |
| B. Article 2 | 22-24 | 10 |
| C. Article 3 | 25-27 | 10 |
| D. Article 4 | 28-30 | 11 |
| E. Article 5 | 31-47 | 11 |
| F. Article 6 | 48 | 15 |
| G. Article 7 | 49 | 15 |
| H. Article 8 | 50-51 | 15 |
| I. Article 9 | 52-55 | 16 |
| J. Article 10 | 56-59 | 17 |
| K. Article 11 | 60-68 | 18 |
| L. Article 12 | 69 | 20 |
| M. Article 13 | 70-71 | 20 |
| N. Article 14 | 72-74 | 20 |
| O. Article 15 | 75 | 20 |
| P. Article 16 | 76-81 | 21 |
| 1. Alinéa *a* | 77-78 | 21 |
| 2. Alinéa *c* | 79 | 22 |
| 3. Alinéa *d* | 80-81 | 22 |
| Q. Articles 17 et 18 | 82-89 | 22 |
| R. Article 19 | 90-92 | 24 |
| II. LE DROIT DU NATIONAL LÉSÉ À UNE INDEMNISATION | 93-103 | 25 |
| *Annexe.* Bibliographie sur la protection diplomatique (ouvrages et articles parus après 2000) | | 29 |

## Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

| | *Sources* |
|---|---|
| Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919] | H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens*, 3e série, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t. XI, p. 323. |
| Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, no 2545, p. 137. |
| Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), intégrant les modifications apportées par le Traité de Nice du 26 février 2001 | Ibid., vol. 294, no 4300, p. 3. Voir aussi la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, vol. 45, no C 325 (24 décembre 2002), p. 33. |
| Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 450, no 6465, p. 11. |
| Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961) | Ibid., vol. 500, no 7310, p. 95. |
| Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963) | Ibid., vol. 596, no 8638, p. 261. |
| Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends (Vienne, 24 avril 1963) | Ibid., no 8640, p. 487. |
| Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) | Ibid., vol. 1155, no 18232, p. 331. |
| Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979) | Ibid., vol. 1249, no 20378, p. 13. |
| Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) | Ibid., vol. 1834, no 31363, p. 3. |
| Traité établissant une Constitution pour l'Europe (Rome, 29 octobre 2004) | *Journal officiel de l'Union européenne*, vol. 47, no C 310 (16 décembre 2004), p. 1. |

## Ouvrages cités dans le présent rapport


Amerasinghe, Chittharanjan Felix

«The local remedies rule in appropriate perspective», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 36 (1976), p. 727 à 759.

American Law Institute

*Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul (Minn.), American Law Institute, 1987.

Barber, Nick

«Citizenship, nationalism and the European Union», *European Law Review*, Londres, vol. 27 (2002), p. 241 à 259.

Bederman, David J.

«Interim report on "lump sum agreements and diplomatic protection"», *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*, Londres, Association de droit international, 2002, p. 230 à 258.

Berlia, Georges

«Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique», *Annuaire français de droit international*, vol. III (1957), p. 63 à 72.

Bollecker-Stern, Brigitte

*Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973.

Borchard, Edwin M.

*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1919.

«Protection diplomatique des nationaux à l'étranger», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. I, session de Cambridge, juillet 1931, p. 256 à 435.

«The protection of citizens abroad and change of original nationality», *Yale Law Journal*, vol. XX, no 4 (janvier 1934), p. 359 à 392.

Brownlie, Ian

*Principles of Public International Law*, 6e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003.

Carreau, Dominique

*Droit international*, 7e éd., Paris, Pedone, 2001.

Denza, Eileen

*Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998.

Dubouis, Louis

«La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)», *Revue critique de droit international privé*, Paris, 1978, p. 615 à 640.

Dunn, Frederick Sherwood

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

Feller, A. H.

*The Mexican Claims Commissions, 1923-1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, New York, Macmillan, 1935.

García-Amador, F. V., Louis B. Sohn et R. R. Baxter

*Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1974.

Geck, Wilhelm Karl

«Diplomatic protection», dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 1045 à 1067.

Hackworth, Green Haywood

*Digest of International Law*, vol. V, Washington, Government Printing Office, 1943.

Hurst, Sir Cecil J. B.

«Nationality of claims», *British Year Book of International Law*, 1926, vol. 7, p. 163 à 182.

Jennings, Sir Robert et Sir Arthur Watts (dir. publ.)

*Oppenheim's International Law*, vol. I: *Peace*, 9e éd., Harlow, Longman, 1992.

Lee, Luke T.

*Consular Law and Practice*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991.

Lillich, Richard B.

«The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973», *American Journal of International Law*, vol. 69 (1975), p. 534 à 559.

Lillich, Richard B. et Burns H. Weston

*International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975.

Moore, John Bassett

*A Digest of International Law*, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906.

Mummery, David R.

«The content of the duty to exhaust local judicial remedies», *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), p. 389 à 414.

Nielsen, Fred K.

*American and British Claims Arbitration: Under the Special Agreement Concluded Between the United States and Great Britain (18 August 1910)*, Washington, Government Printing Office, 1926.

Ralston, Jackson H.

*The Law and Procedure of International Tribunals*, éd. rev., Palo Alto, Stanford University Press, 1926.

Schwarzenberger, Georg

*International Law*, 3e éd., vol. 1, Londres, Stevens, 1957.

Shaw, Malcolm N.

*International Law*, 5e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Simpson, J. L. et Hazel Fox

*International Arbitration: Law and Practice*, Londres, Stevens, 1959.

Stein, Torsten

«Interim report on "diplomatic protection under the European Union Treaty"», *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*, Londres, Association de droit international, 2002, p. 277 à 289.

Whiteman, Marjorie M.

*Digest of International Law*, vol. 8, Washington, Government Printing Office, 1967.

Zourek, Jaroslav

«Quelques problèmes théoriques du droit consulaire», *Journal du droit international*, Paris, vol. 90, no 1 (1963), p. 4 à 66.

## Introduction[1]

1. La Commission du droit international a achevé, à sa cinquante-sixième session, tenue en 2004, la première lecture d'une série de 19 projets d'article sur la protection diplomatique[2]. La Commission a ensuite décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de communiquer les projets d'article, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour les inviter à présenter leurs commentaires et observations au Secrétaire général au plus tard le 1er janvier 2006. Dans une note en date du 19 octobre 2004, le Secrétariat a invité les gouvernements à présenter leurs observations écrites au plus tard le 1er janvier 2006. Le 26 janvier 2006, des observations écrites avaient été reçues des 11 États suivants: Autriche, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Guatemala, Maroc, Mexique, Norvège au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), Ouzbékistan, Panama, Pays-Bas et Qatar[3].

2. Depuis 2000, année où le premier projet d'articles sur la protection diplomatique a été adopté par la Commission, une série d'ouvrages (monographies et nouvelles éditions de traités généraux) et d'articles spécialisés consacrés à la protection diplomatique, faisant en particulier référence aux travaux de la Commission, ont été régulièrement publiés. Une bibliographie de ces documents figure dans l'annexe au présent rapport.

3. De nombreuses publications parues après 2000 traitent de la nature de la protection diplomatique et examinent la question de savoir si la protection diplomatique est une procédure destinée à protéger les droits de l'individu ou un mécanisme destiné à protéger les intérêts de l'État exerçant la protection diplomatique. Certains auteurs contestent la validité de la règle établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, selon laquelle:

> 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 droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international[4].

[1] Le Rapporteur spécial tient à exprimer sa reconnaissance à Annemarieke Künzli, doctorante à l'Université de Leyde (Pays-Bas), à Alex Smithyman, de l'Université de New York, et à Chen Palmer, de Wellington, stagiaire auprès du Rapporteur spécial en 2005, pour l'aide qu'ils lui ont apportée.

[2] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 18 et suiv., par. 59. Le projet d'articles et les commentaires y relatifs sont reproduits au paragraphe 60.

[3] Ces commentaires, ainsi que ceux de la Belgique, de l'Italie et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, figurent dans le document A/CN.4/561 et Add.1 et 2, reproduit dans le présent volume. Ceux du Koweït sont également reproduits dans le présent volume (document A/CN.4/575).

[4] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt no 2, *1924, C.P.J.I. série A, no 2*, p. 12.

Ceux-ci soutiennent à juste titre que plusieurs des conditions de l'exercice de la protection diplomatique, notamment la règle de la continuité de la nationalité, l'épuisement des recours internes et l'évaluation des dommages, indiquent qu'en réalité la réclamation est celle de l'individu, non celle de l'État. Ce raisonnement ne tient toutefois pas compte de la distinction entre règles primaires et règles secondaires du droit international, fondamentale en la matière. L'individu a un droit à ne pas être torturé ou à ne pas être privé de ses biens sans être indemnisé. Il est clair que ces droits ne sont pas les droits d'un État. Ces droits de l'individu, dont la violation peut donner lieu à l'exercice de la protection diplomatique par l'État de sa nationalité, relèvent des règles primaires du droit international. Par contre, le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique en réponse à la violation de cette règle primaire du droit international en faisant sienne la réclamation est une règle secondaire du droit international[5]. Étant donné que la personnalité juridique internationale de l'individu est incomplète, compte tenu de sa capacité limitée de faire valoir ses droits, la fiction inhérente à la décision *Concessions Mavrommatis en Palestine* est le moyen utilisé en droit international – une règle secondaire – pour imposer la règle primaire, qui protège le droit incontesté de l'individu. Les projets d'article étant fondés sur la validité (sinon la précision) de la règle Mavrommatis (voir en particulier l'article premier), un examen des critiques de cette règle présenterait peu d'intérêt à ce stade. Ces ouvrages ont toutefois le mérite de souligner que la protection diplomatique est un instrument qui permet à l'État d'intervenir pour protéger un individu et que l'objectif ultime de la protection diplomatique est la protection des droits de l'homme. En ce sens, la protection diplomatique et le droit des droits de l'homme se complètent[6]. Les Pays-Bas défendent vigoureusement cette idée et invitent la Commission à accorder une attention plus marquée à la situation de la personne dans la formulation de ses projets d'article[7].

4. Certains auteurs critiquent la décision prise par la Commission de ne pas retenir certaines propositions. C'est ainsi qu'on lui reproche de ne pas imposer aux États, dans le cadre du développement progressif, l'obligation d'exercer leur protection diplomatique[8]. Étant donné que ces questions ne peuvent et ne doivent pas être réexaminées en seconde lecture, elles ne sont pas abordées dans le présent rapport.

5. Plusieurs analyses critiquent le libellé ou la teneur de certaines dispositions du projet d'articles. Elles sont envisagées dans le cadre du réexamen de ces dispositions, de même que les observations des États.

6. On n'a pas cherché dans le présent rapport à rédiger des articles traitant de questions telles que la signature, la ratification ou le règlement des différends, qui devront être inclus dans le projet d'articles si celui-ci prend la forme d'un traité. On a, à cet égard, suivi le précédent du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[9]. Le sort du présent projet d'articles est étroitement lié à celui de ce dernier. Si l'on décide de transformer le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite en un traité, il est probable que le présent projet d'articles sera incorporé dans ce traité et il est souhaitable qu'il le soit. Si, par contre, le projet d'articles sur la responsabilité de l'État conserve son statut actuel en tant que réaffirmation du droit, il semble inévitable que le présent projet d'articles ait la même fonction.

7. Le présent rapport a pour objet d'examiner les projets d'article adoptés par la Commission en première lecture à la lumière des commentaires, des critiques et des suggestions faites à cet égard par les gouvernements et les publicistes. Une disposition modifiée ou nouvelle sera au besoin proposée pour remplacer tel ou tel projet d'article. Une seule innovation importante sera proposée. Certains membres de la Commission, certains États et certains auteurs ont demandé à la Commission d'inclure une disposition traitant du versement par l'État de nationalité à son national de l'indemnisation reçue pour un préjudice causé à celui-ci. On trouvera une proposition à cet effet après l'examen des 19 projets d'article.

[5] Voir Dominicé, «La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des États» et «Regard actuel sur la protection diplomatique».

[6] Voir Condorelli, «L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique»; Flauss, «Vers un *aggiornamento* des conditions d'exercice de la protection diplomatique»; Kooijmans, «Is the right to diplomatic protection a human right?»; Feria Tinta, «Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *LaGrand case*»; et Pinto, «De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme».

[7] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), «Observations générales».

[8] Milano, «Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?», p. 94 à 97; et Kooijmans, loc. cit.

[9] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 30, par. 76.

CHAPITRE I

## Examen du projet d'articles

### A. Article 1

#### *Définition et champ d'application*

**La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour une personne ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.**

8. Les commentaires sur l'article 1 se divisent en trois catégories: ceux qui demandent davantage de clarté ou des modifications du texte; ceux qui demandent des ajouts au commentaire; et ceux qui demandent une distinction nette entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire. Des commentaires entrant dans cette troisième catégorie, certainement la plus importante, feront l'objet d'un examen exhaustif. Il est plus facile d'écarter les autres commentaires et suggestions.

9. L'Ouzbékistan suggère d'inclure dans le projet d'articles une disposition précisant le sens qui est donné à des expressions telles que «nationalité d'une personne juridique», «constitution d'une société» et «dommages causés à des biens[10]». Il conteste l'emploi du terme «nationalité» pour les personnes morales au motif que la nationalité est l'attribut de personnes physiques et non morales[11]. Cela appelle deux commentaires. Tout d'abord, les définitions sont dangereuses car souvent elles créent plus de problèmes qu'elles n'en résolvent[12]. Il vaut mieux expliquer le sens des termes dans le contexte de chaque règle – ce que l'on s'efforce de faire dans le projet d'articles. Ensuite, en droit, le terme «nationalité» est employé si fréquemment pour les personnes morales qu'il est impossible d'écarter cette acception.

10. Les Pays-Bas suggèrent de préciser que le projet d'article 1 s'applique aussi aux apatrides et aux réfugiés au sens de l'article 8[13]. Il est proposé d'accepter cette suggestion en apportant une modification au texte.

11. Le Guatemala a proposé de préciser au paragraphe 7 du commentaire de l'article 1 que les agents diplomatiques et consulaires pouvaient bénéficier de la protection diplomatique en dehors de l'exercice de leurs fonctions officielles[14], ce qui sera fait.

12. L'article 1 indique qu'«un fait internationalement illicite d'un autre État» est une condition de la protection diplomatique. Cela n'empêche pas un État de prendre des mesures pour protéger ses nationaux avant qu'un fait illicite ait été commis, mais ces mesures ne relèvent pas de la protection diplomatique[15]. Les Pays-Bas ont à juste titre suggéré de le préciser dans le commentaire[16].

13. Il devrait en outre être précisé dans le commentaire que l'expression «une personne ayant sa nationalité», qui figure à l'article premier, vise aussi les groupes de personnes – comme suggéré par Condorelli[17].

14. Plusieurs États ont suggéré que l'article 1 et le commentaire y relatif précisent davantage la signification des expressions «action diplomatique» et «autres moyens de règlement pacifique», et ont estimé qu'il fallait bien distinguer la protection diplomatique de l'assistance consulaire[18]. C'est aussi ce que dit la doctrine. Cette question doit donc être soigneusement examinée.

Protection diplomatique et assistance consulaire

15. En droit international, les États peuvent exercer deux types de protection au profit de leurs nationaux: l'assistance consulaire et la protection diplomatique[19]. Mais il existe des différences fondamentales entre les deux et la question de savoir quelles activités des gouvernements relèvent ou non de la protection diplomatique continue de susciter débats et controverses. Ces débats sont alimentés par un malentendu également persistant au sujet de la définition du terme «action» aux fins de la protection diplomatique, qui amène à considérer à tort certaines actions comme relevant de l'exercice de l'assistance consulaire. Le problème ne tient pas tant à la nature de l'assistance consulaire qu'à la définition de l'action aux fins de la protection diplomatique, à l'exclusion de l'assistance consulaire.

16. On considère souvent que la protection diplomatique implique des poursuites judiciaires. Parfois les interventions extrajudiciaires en faveur de nationaux sont considérées comme relevant non de la protection diplomatique mais de l'assistance consulaire. Cette conception de la protection diplomatique est toutefois trop étroite. Toute intervention, y compris la négociation, au niveau interétatique en faveur d'un national vis-à-vis d'un État étranger devrait être considérée comme relevant de la protection diplomatique (et non de l'assistance consulaire), pourvu que les conditions générales de la protection diplomatique soient réunies, c'est-à-dire, à condition qu'il y ait eu une violation du droit international dont l'État défendeur peut être tenu responsable, que les recours internes aient été épuisés et que l'individu concerné ait la nationalité de l'État qui intervient. Cette conception large de l'«action» dans le contexte de la protection diplomatique est validée par la doctrine[20] et par la jurisprudence internationale[21] et nationale[22]. L'article 1 et le commentaire y relatif vont clairement dans le sens de cette interprétation large de l'action diplomatique. L'article 1 dispose que la

[10] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), «Autres commentaires et suggestions». Le commentaire intégral de l'Ouzbékistan précise la nature de sa suggestion.

[11] Ibid., commentaire relatif au projet d'article 1.

[12] «[U]ne définition […] crée souvent plus de problèmes qu'elle n'en résout» [Lord Reid dans *Brutus c. Cozens*, *Weekly Law Reports* (1972), vol. 3, p. 525 et 526].

[13] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 1.

[14] Ibid.

[15] Cette opinion est contestée par Condorelli («L'évolution du champ d'application…», p. 7).

[16] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 1.

[17] «L'évolution du champ d'application…», p. 6 et 7.

[18] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 1 (Autriche, Pays-Bas et Panama) et «Observations générales» (El Salvador).

[19] La représentation diplomatique et la protection diplomatique sont une autre source de confusion. Elles sont cependant très différentes de par leur nature, comme Warbrick et McGoldrick l'indiquent: «La représentation diplomatique couvre une grande variété de communications d'un gouvernement à un autre, dans lesquelles l'un exprime sa désapprobation à l'égard d'une action ou d'une inaction de l'autre. Cela n'impute pas nécessairement une conduite illicite à l'autre État» – une condition de l'exercice de la protection diplomatique («Current developments: public international law», p. 724).

[20] Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, p. 439; Dunn, *The Protection of Nationals*, p. 18 et 19; Condorelli, «L'évolution du champ d'application…», p. 5 et 6.

[21] Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente de justice internationale a déclaré que les États pourraient prendre fait et cause pour un de leurs ressortissants «en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique *ou** l'action judiciaire internationale» (voir *supra* la note 4). Voir également les affaires suivantes: *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B, n°* 76, p. 16; *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 24; et *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 177.

[22] Dans l'affaire *Rudolf Hess*, par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que les démarches diplomatiques entreprises par le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne donnaient la preuve qu'il s'était acquitté de ses obligations en vertu de la Constitution, qui donne aux citoyens allemands le droit à la protection diplomatique *[International Law Reports*, vol. 90 (1992), p. 396]. Voir aussi *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*, *South African Law Reports* [2005 (4)], p. 235; et *International Legal Materials*, vol. 44 (janvier 2005), p. 173.

protection diplomatique consiste dans le «recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement», et il est indiqué au paragraphe 5 du commentaire ceci:

> 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 judiciaires[23].

Il serait difficile de rédiger une disposition et un commentaire plus exhaustifs sur le sens de l'«action» diplomatique dans le contexte de la protection diplomatique. Il est donc proposé de ne pas reformuler le présent projet d'article. Cette disposition n'exclut toutefois pas expressément l'assistance consulaire et c'est une question qui doit être examinée.

17. Malheureusement, ni les représentants des gouvernements ni les publicistes[24] n'établissent une distinction nette entre protection diplomatique et assistance consulaire. Il existe pourtant trois différences structurelles qui devraient donner des indications à cet égard. Premièrement, les fonctions consulaires telles qu'énoncées dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires (ci-après dénommée «la Convention de Vienne de 1963») sont limitées par rapport à celles des diplomates telles qu'énoncées dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques; deuxièmement, les niveaux de représentation de l'assistance consulaire et de la protection diplomatique sont différents; et, troisièmement, le caractère préventif de l'assistance consulaire s'oppose au caractère correctif de la protection diplomatique. L'action que les consuls peuvent engager pour protéger leurs ressortissants est très limitée par l'article 55 de la Convention de Vienne de 1963, premier paragraphe, qui dispose que les consuls ont «le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet État». Cela signifie, d'après Shaw, qu'«ils ont un rôle particulier à jouer pour aider leurs ressortissants en détresse, s'agissant par exemple de leur trouver un avocat, de leur rendre visite en prison et de prendre contact avec les autorités locales», mais qu'«ils ne peuvent s'immiscer dans le processus judiciaire ou dans les affaires intérieures de l'État de réception, ni donner des conseils juridiques ou enquêter sur une infraction[25]». Cela signifie que les consuls sont autorisés à représenter les intérêts du national mais non ceux qu'a l'État dans la protection de ce national; cela relève des services diplomatiques. Un autre élément distingue la protection diplomatique de l'assistance consulaire: l'assistance consulaire a un caractère largement préventif et s'exerce avant que les voies de recours interne aient été épuisées ou qu'une violation du droit international ait eu lieu. L'assistance consulaire peut ainsi être à la fois moins formelle et plus acceptable pour l'État accréditaire[26]. Elle vise avant tout à protéger les droits de l'individu et exige le consentement de celui-ci[27]. En effet, aux termes du paragraphe 1, alinéa *b*, de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963, l'assistance consulaire n'est fournie que si l'intéressé en fait la demande. Par contre, une démarche diplomatique est destinée à porter l'affaire au niveau international ou interétatique et peut aboutir à une instance internationale. De plus, l'individu concerné ne peut empêcher l'État dont il a la nationalité de prendre fait et cause pour lui ou de poursuivre l'action engagée dans l'exercice de la protection diplomatique.

18. À cet égard, il y a lieu de mentionner les affaires *LaGrand* et *Avena*[28], qui concernaient aussi bien l'assistance consulaire que la protection diplomatique. Dans ces affaires, l'Allemagne et le Mexique, respectivement, ont introduit une instance contre les États-Unis pour violation de la Convention de Vienne de 1963 en leur nom propre et dans l'exercice de leur protection diplomatique, leurs ressortissants ayant subi un préjudice personnel du fait du non-respect de la Convention. C'est ainsi que le fond des affaires portées devant la Cour internationale de Justice concernait l'exercice de l'assistance consulaire, tandis que le mécanisme utilisé pour saisir la Cour était dans les deux cas l'exercice de la protection diplomatique. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a accepté la requête de l'Allemagne (en partie) comme un exercice de sa protection diplomatique et jugé que l'État allemand et ses ressortissants avaient été lésés du fait qu'ils n'avaient pas pu bénéficier de l'assistance consulaire[29]. Toutefois, dans le cas du Mexique, la Cour en a décidé autrement et a jugé que les violations de la Convention avait causé un préjudice direct au Mexique, de sorte que le recours à la protection diplomatique n'était pas nécessaire pour introduire une requête. L'affaire *LaGrand* revêt une importance particulière. La requête que l'Allemagne a introduite devant la Cour internationale de Justice reposait sur le fait que les États-Unis n'avaient pas informé sans retard les LaGrand de leur droit à une assistance consulaire et n'avaient pas averti les autorités allemandes de l'arrestation et de la détention de ses nationaux, deux obligations découlant du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention. L'Allemagne a fait valoir qu'elle aurait pu, dans le cadre de l'assistance consulaire, fournir aux LaGrand l'assistance juridique voulue et les informations nécessaires, ce qui aurait peut-être pu leur éviter d'être condamnés à mort[30]. L'Allemagne a introduit la requête en son nom propre et dans l'exercice de sa protection diplomatique en faveur de ses nationaux[31]. Les États-Unis ont contesté la prétention allemande fondée sur la protection diplomatique et tenté de convaincre la Cour que l'Allemagne confondait protection diplomatique et assistance consulaire, et que la Cour devait donc déclarer la prétention allemande irrecevable. Ils ont fait valoir que la Convention ne traitait pas de la protection diplomatique mais seulement de l'assistance consulaire. Ils ont en outre soutenu que, contrairement aux affirmations de l'Allemagne, la Convention ne protégeait pas les droits de

[23] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 21, par. 60.

[24] Voir Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, p. 33; et Lee, *Consular Law and Practice*, p. 138, 148 à 151, 155 et 167. Voir de manière générale sur le sujet, Künzli, «Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation, démarches and consular assistance».

[25] Shaw, *International Law*, p. 688.

[26] Voir Caflisch, «La pratique suisse de la protection diplomatique», p. 77.

[27] Zourek, «Quelques problèmes théoriques du droit consulaire», p. 54.

[28] *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466, et *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12.

[29] *C.I.J. Recueil 2001* (note 28 *supra*), p. 494, par. 77.

[30] Ibid., p. 491, par. 71.

[31] Ibid., p. 481, par. 38, et p. 489, par. 65.

l'individu et que l'exercice de la protection diplomatique ne devait donc pas être accepté[32].

La Cour a rejeté les objections présentées par les États-Unis et décidé qu'elle était compétente pour connaître de la demande fondée sur des préjudices directs et indirects. Elle a indiqué clairement que la clause de compétence générale du Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends «ne fait pas obstacle à ce qu'un État partie à un traité qui crée des droits pour les individus puisse prendre fait et cause pour l'un de ses ressortissants et mettre en mouvement l'action judiciaire internationale en faveur de ce ressortissant[33]». La Cour a distingué nettement entre assistance consulaire et protection diplomatique, en acceptant que des droits individuels découlant d'un traité sur les relations consulaires puissent être invoqués par le biais de la protection diplomatique[34]. La protection diplomatique est un mécanisme auquel on peut recourir lorsqu'un fait internationalement illicite a eu lieu, causant un préjudice à un étranger. Le non-respect par les États-Unis de la Convention de Vienne de 1963 ayant entraîné un préjudice pour les ressortissants allemands par suite d'une violation de leurs droits découlant de cette convention, l'Allemagne a invoqué la procédure voulue pour demander réparation du préjudice.

19. L'article I-10 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (ci-après dénommée «la Constitution»), qui correspond à l'article 46 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[35] et à l'article 20 du Traité instituant la Communauté européenne, est une source particulière de confusion s'agissant de la protection diplomatique et de l'assistance consulaire. L'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article dispose:

> Les citoyens de l'Union […] ont […] le droit de bénéficier, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont ils sont ressortissants n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État[36].

À première vue, cette disposition peut sembler ne poser aucun problème. Elle exprime le principe de la non-discrimination, qui est fondamental pour l'Union européenne. La discrimination en raison de la nationalité étant interdite dans l'Union, il n'est pas surprenant que les citoyens de l'Union bénéficient d'une protection égale en dehors de l'Union. Cependant, en prévoyant à la fois l'assistance consulaire et la protection diplomatique, cette disposition méconnaît les différences fondamentales existant entre ces deux mécanismes. De plus, elle est particulièrement problématique eu égard aux conditions d'exercice de la protection diplomatique.

La principale objection à cette disposition est qu'elle va à l'encontre du principe *pacta tertii nec nocent nec prosunt*. Les traités européens sont des traités de droit international et sont par conséquent régis par l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose qu'un traité n'est applicable qu'entre les parties et ne lie pas les États tiers. Ainsi, les dispositions d'un traité, d'une charte ou d'une constitution de l'Union européenne ne lient pas les États qui ne sont pas membres de l'Union. Les États tiers ne sont pas tenus de respecter les dispositions des traités et conventions en vigueur dans l'Union et ne sont pas obligés – ou susceptibles, dans le cas de la protection diplomatique – d'accepter qu'une protection soit exercée au profit d'un citoyen de l'Union par des États qui ne sont pas l'État de sa nationalité[37].

Un «citoyen» de l'Union européenne n'est pas un national de tous les États membres de l'Union, ce qui signifie que la citoyenneté de l'Union ne satisfait pas à la condition de nationalité des réclamations aux fins de la protection diplomatique. Ainsi, les dispositions des traités de l'Union visant à conférer à tous les citoyens de l'Union le droit à la protection diplomatique de tous les États membres de l'Union sont par conséquent défectueuses – à moins qu'elles ne soient interprétées comme s'appliquant uniquement à l'assistance consulaire. Et telle semble être en effet l'intention[38]. Bien que l'assistance consulaire ne s'exerce habituellement qu'au profit d'un national, le droit international n'interdit pas qu'une assistance consulaire soit fournie à des nationaux d'un autre État. Étant donné que l'assistance consulaire ne consiste pas à protéger les droits d'un État ni à endosser une réclamation, il n'est pas nécessaire d'appliquer le critère de la nationalité de manière aussi stricte que dans le cas de la protection diplomatique.

20. En théorie, la distinction entre protection diplomatique et assistance consulaire est claire. La protection diplomatique est une intervention interétatique menée par des agents diplomatiques ou des représentants du gouvernement relevant du ministère des affaires étrangères qui a lieu lorsqu'un national lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État a épuisé tous les moyens de recours internes. C'est une intervention visant à obtenir réparation pour le dommage causé par le fait internationalement illicite, qui peut prendre de nombreuses formes, dont la protestation, la négociation ou le règlement judiciaire. L'assistance consulaire, quant à elle, consiste, pour des consuls ou des consuls honoraires n'ayant aucune fonction de représentation politique, à prêter assistance à des nationaux (et éventuellement à des non-nationaux) qui se trouvent en difficulté dans un État étranger. Cette assistance est préventive en ce qu'elle vise à prévenir la commission d'un fait internationalement illicite. Des conseils et une assistance juridique sont dispensés au national pour qu'il bénéficie d'un procès équitable (s'il est accusé d'une infraction pénale) ou pour protéger ses intérêts personnels ou patrimoniaux dans l'État d'accueil. Malgré la distinction nette qui existe en théorie entre les deux institutions, parfois elles

[32] Ibid., p. 482, par. 40.

[33] Ibid., p. 483, par. 42; voir aussi Spiermann, «The *LaGrand* case and the individual as a subject of international law».

[34] *C.I.J. Recueil 2001* (voir *supra* la note 28), p. 492 à 494, par. 75 à 77.

[35] *Journal officiel de l'Union européenne*, vol. 43, nº C 364 (18 décembre 2000), p. 19.

[36] Bien que la Constitution ne soit pas (encore) entrée en vigueur et ne soit donc pas encore un document contraignant, c'est le document le plus récent qui énonce le droit à la protection diplomatique. Il convient de se rappeler que cette disposition est littéralement la même que la disposition du Traité instituant la Communauté européenne qui, naturellement, lie les États membres de l'Union européenne.

[37] Voir Storost, *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?*, p. 148 et 149.

[38] Stein, «Interim report on "diplomatic protection under the European Union Treaty"», p. 278, 283 et 284.

se chevauchent (comme on a pu le constater avec les affaires *LaGrand* et *Avena*) ou sont confondues (comme le montrent les traités de l'Union européenne). Dans ces conditions, peut-être faut-il indiquer à l'article 1 que la Commission est consciente de cette distinction et souhaite la maintenir. Ce point sera aussi traité dans le commentaire.

21. Il est proposé de modifier comme suit l'article 1:

«1. La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour un de ses nationaux *ou une personne visée à l'article 8* à raison d'un préjudice découlant pour ce national *ou cette personne* d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

«2. *La protection diplomatique ne s'entend pas de l'exercice de l'assistance consulaire conformément au droit international.*»

## B. Article 2

### *Droit d'exercer la protection diplomatique*

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

22. Cette disposition a suscité peu d'observations. Les Pays-Bas suggèrent que le paragraphe 3 du commentaire soit supprimé ou précisé[39]. Il est vrai qu'il semble superflu et il devrait être supprimé.

23. Le paragraphe 2 du commentaire précise que si un État a effectivement le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux, il n'a cependant ni le devoir ni l'obligation de le faire. Cette question a fait l'objet de plusieurs décisions nationales depuis que la Commission a décidé de ne pas faire obligation aux États d'exercer leur protection diplomatique: *Abbasi and another v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another*[40]; *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*[41]; et *Van Zyl and Others v. Government of the Republic of South Africa and Others*[42]. Le commentaire devrait passer en revue ces décisions, qui accréditent dans une certaine mesure l'idée que le droit national voit l'exercice de la protection diplomatique comme un devoir.

24. Dans ses observations générales sur le projet d'articles, l'Autriche déclare:

> La Commission semble avoir concentré son attention sur un seul aspect de la protection diplomatique, à savoir le droit d'un État de présenter certaines réclamations dans l'intérêt de ses nationaux. Ce droit a toutefois pour contrepartie l'obligation correspondante des autres États d'accepter de telles réclamations de la part d'un État. Le régime juridique relatif à la protection diplomatique prévoit en outre les conditions à remplir pour qu'un État soit dans l'obligation d'accepter pareille intervention d'un autre État. Un tel point de vue éclaire, à n'en pas douter, ce régime juridique d'un jour nouveau et en révèle des aspects différents, qui ne sont pas suffisamment pris en compte dans le texte de la Commission[43].

Il semble que l'article 2 soit l'endroit idoine où constater l'existence d'une telle obligation de la part des États. L'article 2 pourrait donc être amendé en conséquence et se lire comme suit:

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

«2. *Un État a l'obligation de recevoir les actions en protection diplomatique formées en conformité avec le présent projet d'articles.*»

## C. 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 à l'article 8.**

25. Les Pays-Bas proposent de remanier le paragraphe 1 comme suit: «L'État de la nationalité est l'État en droit d'exercer la protection diplomatique.» On voit mal en quoi ce libellé «met davantage l'accent sur le point de vue de la personne[44]», comme le prétendent les Pays-Bas, mais c'est une formulation plus élégante que celle de l'actuel article 3, et il est recommandé de l'adopter.

26. Les Pays-Bas déclarent aussi, sans fournir d'explications, qu'il importe de «voir le projet d'article 3 dans la perspective de la citoyenneté européenne». Comme il a été montré plus haut, il y a une différence entre la «citoyenneté» européenne et la nationalité des États membres. Dans la directive 2004/38/CE[45], la notion de citoyenneté européenne est définie. Bien que cette directive concerne principalement la circulation et le séjour *à l'intérieur* de l'Union européenne des personnes justifiant de la citoyenneté de l'Union, certaines de ses dispositions intéressent la question de leur protection *à l'extérieur* de l'Union. En effet, si l'alinéa 3 du préambule assure que «[l]a citoyenneté de l'Union devrait constituer le statut de base des ressortissants des États membres lorsqu'ils exercent leur droit de circuler et de séjourner librement», le dispositif donne comme définition du citoyen de l'Union «toute personne ayant la nationalité d'un État membre» (art. 2, par. 1), ce qui fait de la nationalité une condition préalable à la citoyenneté de l'Union. Il est énoncé au paragraphe 1

[39] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 2.

[40] [2002] EWCA Civ 1598; [2002] All ER (D) 70 (Nov); *International Legal Materials*, vol. 42, nº 2 (mars 2003), p. 358.

[41] Voir *supra* la note 22.

[42] Arrêt du 20 juillet 2005, affaire nº 20320/2002 [2005] 4 All SA 96 (T).

[43] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), «Observations générales».

[44] Ibid., commentaire relatif au projet d'article 3.

[45] Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *Journal officiel de l'Union européenne,* vol. 47, nº L 158 (30 avril 2004), p. 77 à 123.

de l'article I-10 de la Constitution que «[l]a citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas[46]». Il ressort clairement de ces dispositions que la citoyenneté ne peut pas être assimilée à la nationalité et que la citoyenneté de l'Union ne doit pas s'interpréter comme une négation de la nationalité des États considérés individuellement ou de la capacité des États membres de l'Union à choisir leur droit de la nationalité et leurs critères de naturalisation. Dans ces conditions, on voit difficilement comment la citoyenneté de l'Union peut avoir une influence quelconque sur la nationalité.

27. Il est proposé de modifier l'article 3 comme suit:

«1. *L'État de la nationalité est l'État en droit d'exercer la protection diplomatique.*

«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 à l'article 8.»

## D. 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.**

28. L'article 4 a été critiqué au motif qu'il ne manifesterait pas clairement que la nationalité est déterminée par le droit interne et national, à condition qu'il ne soit pas contraire au droit international[47]. La Commission pensait manifestement que cela était implicite dans la formulation de l'article, et elle ne laisse aucun doute là-dessus au paragraphe 1 du commentaire. On peut toutefois le dire explicitement dans l'article lui-même.

29. L'Autriche élève une objection au libellé actuel de l'article 4 au motif que «la nationalité ne s'acquiert pas par succession d'États mais par suite de la succession d'États[48]» et suggère qu'il soit reformulé en conséquence.

30. Pour répondre à ces critiques, l'article 4 pourrait être modifié comme suit:

«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 *ou par naturalisation, ou comme conséquence d'une succession d'États ou de toute autre manière reconnue par le droit de cet État à condition qu'elle ne soit pas contraire au droit international.*»

## E. Article 5

### *Continuité de la nationalité*

**1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé et a cette nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation.**

**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 au moment où le préjudice a été causé, pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.**

**3. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un ancien État de nationalité 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.**

31. C'est l'article 5 qui a suscité le plus grand nombre d'observations et de critiques de la part des États. Les principaux sujets de critique sont le *dies ad quem* (la date de la présentation officielle de la réclamation) et le paragraphe 2. Ils seront examinés plus loin de façon approfondie, mais il convient tout d'abord d'examiner un certain nombre de suggestions de rédaction qui ont été formulées.

32. L'Autriche élève une objection à l'encontre de l'expression *bringing of the claim* («formulation de la réclamation» en français), dans le paragraphe 2 du texte anglais du projet d'article 5, au motif qu'elle évoque une procédure judiciaire et qu'elle introduit donc une restriction par rapport au sens plus large que le projet d'article 1 donne à la protection diplomatique[49]. Il semble cependant que le commentaire établit clairement que cette restriction n'existe pas – si du moins le paragraphe 2 est conservé.

33. Les Pays-Bas suggèrent de remplacer, au paragraphe 3, «dans la version anglaise […], le verbe *shall* par le verbe *may*, qui rend mieux compte du pouvoir discrétionnaire des États en matière d'exercice de la protection diplomatique[50]». Or en anglais *may not* n'est pas plus «discrétionnaire» que *shall not*, en conséquence de quoi cette suggestion n'a pas lieu d'être retenue. Les Pays-Bas suggèrent aussi, pour aligner la formulation du paragraphe 3 de l'article 5 sur celle des autres articles du projet, de remplacer le mot «subi» par le mot «causé». Cela semble justifié.

---

[46] Voir Barber, «Citizenship, nationalism and the European Union», qui écrit: «[O]n entendait que la citoyenneté européenne complète, et non remplace, la nationalité» (p. 241).

[47] Voir les observations de l'Ouzbékistan, document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 4. Santulli suggère que l'article soit reformulé de la façon suivante: «L'État de nationalité est l'État dont l'individu [objet de la protection diplomatique] bénéficie de la nationalité de bonne foi conformément à son droit interne» [«Travaux de la Commission du droit international» (2001), p. 371].

[48] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 4.

[49] Ibid., commentaire relatif au projet d'article 5.

[50] Ibid.

34. Les États-Unis suggèrent d'ajouter la négation «ne […] que» au libellé du premier paragraphe («Un État *n*'est en droit d'exercer la protection diplomatique *qu*'à l'égard d'une personne»), pour bien mettre en évidence que ce paragraphe entend limiter le droit à la protection diplomatique prévu aux articles 2 et 3 aux personnes qui satisfont à la condition de la continuité de la nationalité[51]. Cette suggestion devrait être adoptée.

35. Plusieurs États ont soulevé des objections au paragraphe 2[52]. Les critiques les plus utiles ont été formulées par les États-Unis, qui font valoir que le paragraphe 2 a principalement pour objet de protéger les personnes dont la nationalité change en raison d'une succession d'États. Les États-Unis révoquent aussi en doute l'idée que des lois prévoient la perte de la nationalité en cas de mariage avec un étranger ou d'adoption par un étranger. De fait, ils auraient pu ajouter que l'interdiction du changement automatique de la nationalité de la femme en cas de mariage avec un étranger qui est formulée dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes[53] réduit encore plus la probabilité que des femmes perdent leur nationalité de ce fait. Les États-Unis considèrent en outre que le droit d'exercer la protection diplomatique se transmet par succession d'États et que, dans une situation de ce genre, il ne devrait pas être considéré comme une exception à la règle générale. Ils proposent donc d'insérer une référence à l'«État prédécesseur» dans le paragraphe 1 du projet d'article 5. Le Rapporteur spécial souscrit à cette proposition.

36. Il n'existe pratiquement rien dans la pratique des États qui permette d'ériger en condition la continuité ininterrompue de la nationalité depuis la date de survenance du préjudice jusqu'à la date de présentation ou de règlement de la réclamation[54]. Cela dit, comme le font observer les États-Unis[55], il y aurait une grande incohérence à rédiger une règle sur la continuité de la nationalité qui ne tiendrait pas compte de la période entre le *dies a quo* et le *dies ad quem*. Il est donc recommandé que le paragraphe 1 de l'article 5 soit modifié en conséquence. C'est peut-être un acte de développement progressif, mais il semble justifié.

37. Le point le plus controversé de la règle de la continuité de la nationalité est celui du *dies ad quem*, à savoir la date ou la phase ultime de la procédure à laquelle l'individu lésé doit encore être national de l'État demandeur. La Commission, se fondant sur son interprétation de la pratique des États, a choisi la date de la présentation officielle de la réclamation. Cette position est appuyée par plusieurs États[56]. En revanche, elle fait l'objet d'une vigoureuse opposition de la part des États-Unis, qui préconisent de retenir la date de la décision concernant la réclamation, c'est-à-dire le moment où la sentence est prononcée[57].

38. Les États-Unis s'appuient largement sur la sentence du tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements dans l'affaire *Loewen*. On peut lire dans cette sentence:

> Selon le droit international, la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation, désignée par l'expression *dies a quo*, jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation, désignée comme *dies ad quem*[58].

Les États-Unis considèrent que cette sentence est confirmée par un certain nombre d'autres sentences arbitrales et réclamations présentées par la voie diplomatique dans lesquelles la personne au nom de qui la réclamation a été introduite avait changé de nationalité *après* la présentation officielle de ladite réclamation, mais *avant* la décision définitive. Dans chacune de ces affaires, la réclamation internationale a été rejetée ou retirée au vu du fait qu'elle était présentée au nom d'un national d'un État qui n'était pas l'État réclamant. Les États-Unis prétendent que ces cas d'espèce indiquent clairement qu'il existe une pratique constante des États qui constitue une règle de droit international coutumier. Ils prétendent aussi que cette règle serait préférable par principe, car elle permet d'éviter une situation où l'État défendeur a une obligation envers l'État réclamant pour un préjudice causé à une personne qui ne dépend plus juridiquement de celui-ci.

39. Les travaux universitaires n'éclairent guère la question. Certains auteurs préconisent la date de présentation de la réclamation[59], d'autres la date de décision[60]. La plupart reconnaissent cependant que le *dies ad quem* est incertain du fait que chacune de ces deux positions a ses partisans[61]. La pratique des États n'éclaire pas plus la question, du fait que leurs traités ne donnent pas le même sens au *dies ad quem*[62]. Bien que la Conférence de codification du droit international (La Haye, 1930) soit souvent citée à l'appui de la date de la décision[63], il convient de rappeler que cet «appui» se fonde exclusivement sur une

---

[51] Ibid.

[52] Ibid. (El Salvador, Qatar et États-Unis.)

[53] Art. 9, par. 1.

[54] Voir *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/506 et Add.1, p. 260 et 261, par. 200 à 205.

[55] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 5.

[56] Ibid. (Autriche, Pays-Bas et Norvège, au nom des pays nordiques.)

[57] Ibid.

[58] *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, nº ARB(AF)/98/3, *ICSID Reports*, vol. 7, p. 485, par. 225. Voir aussi *Journal du droit international*, vol. 131 (2004), p. 219.

[59] Borchard, op. cit., p. 666.

[60] Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 512; Hurst, «Nationality of claims», p. 163; García-Amador, Sohn et Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, p. 82.

[61] Jennings et Watts (op. cit., p. 512, note 6) tempèrent le choix qu'ils font de la date de la sentence en précisant que, dans certains cas, la date de présentation de la réclamation suffira. Voir aussi Schwarzenberger, *International Law*, p. 597; Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 461; Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934*, p. 86, 96 et 97; l'opinion individuelle du juge Jessup dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 202 et 203; Borchard, «The protection of citizens abroad and change of original nationality», p. 377 et 378; et «Protection diplomatique des nationaux à l'étranger», p. 256 et 284; Hurst, loc. cit., p. 179 et 180; Duchesne, «The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-State investment disputes», p. 799 à 802; et Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, p. 183.

[62] Voir le commentaire du surarbitre Parker dans la *Décision administrative nº V* (31 octobre 1924), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (numéro de vente: 1956.V.5), p. 143. Voir également Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, p. 164 et 165, et Hackworth, *Digest of International Law*, p. 807 et 808.

[63] Voir l'affaire *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain) v. United Mexican States* (24 juin 1931), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 210 et 211.

enquête destinée à recueillir les avis des États et que, sur les 20 États qui ont répondu à l'enquête, huit ont rejeté la règle de la continuité de la nationalité, trois se sont abstenus et neuf ont voté pour (dont le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et quatre de ses dominions)[64]!

40. Les décisions judiciaires sur cette question sont trop incertaines pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier. Les divergences que l'on constate entre elles peuvent être attribuées aux divergences entre les conventions d'arbitrage applicables aux réclamations en cause. Comme le surarbitre Parker le dit dans la *Décision administrative nº V*:

> Lorsque l'on en vient à analyser les décisions prises à la majorité dans de telles affaires, il apparaît clairement que chacune était gouvernée par le texte du protocole particulier qui régissait le tribunal appelé à trancher, lequel texte limitait la compétence de celui-ci aux réclamations ayant la nationalité de la nation qui les faisait valoir, non seulement à l'origine, mais aussi sans interruption jusqu'à, dans certains cas, la date où la réclamation était *déposée*, dans d'autres la date à laquelle elle était *présentée* au tribunal, dans d'autres encore la date où le *jugement* était rendu, et dans certains enfin, la date du *règlement*. Ces disparités dans la période pendant laquelle la nationalité doit avoir été continue pour que la compétence puisse s'exercer font que chaque affaire est régie par les formules employées dans la convention particulière s'appliquant en l'espèce[65].

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que certaines décisions retiennent la date de la présentation[66], d'autres la date du jugement[67], et que d'autres encore ne tranchent pas[68]. Fait à noter, beaucoup des décisions qui retiennent la date de la décision et sur lesquelles les États-Unis s'appuient, concernent des affaires dans lesquelles le national a changé de nationalité et a adopté celle de l'État défendeur après la présentation de la réclamation et avant la sentence. Dans ce cas, on ne peut guère s'attendre à ce qu'il soit donné droit à sa réclamation, car cela voudrait dire que l'État défendeur indemniserait l'autre État à raison d'un préjudice causé à son propre national[69]! Or c'est ce qui est arrivé avec les affaires *Ebenezer Barstow*[70], *Exors. of F. Lederer*[71], *Hawaiian Claims*[72], *Chopin*[73], *Gribble*[74] et, bien entendu, *Loewen*[75].

41. Les États-Unis se reposent largement sur la sentence rendue dans l'affaire *Loewen* qui est, sur ce point précis, très mal fondée. En effet, alors que, dans sa plus grande partie, elle s'appuie sur une recherche et des arguments solides (sur les recours internes, par exemple), la question centrale dont est saisi le tribunal, à savoir celle du *dies ad quem*, y est réglée d'une façon qui ne laisse nullement croire qu'il y ait réfléchi le moins du monde. Le tribunal se contente en effet d'affirmer, sans se référer à aucun précédent (alors même que le conseiller de la défense les lui avait signalés), qu'en droit international coutumier «il doit y avoir continuité de l'identité nationale depuis la date des faits qui ont donné naissance à la réclamation […] jusqu'à la date de la décision concernant cette réclamation[76]». Le tribunal note que «la Commission du droit international a publié un rapport dans lequel il est proposé d'éliminer la règle de la continuité de la nationalité même dans les affaires de protection diplomatique»; que «le rapport lui-même a suscité des critiques un peu partout»; et que la Commission «est loin d'approuver quelque recodification que ce soit si l'on en juge par son rapport[77]». Si le tribunal avait lu le rapport[78], il aurait été au fait de la controverse dont le *dies ad quem* fait l'objet car elle y est abondamment évoquée. De plus, s'il s'était informé – avant de rendre sa sentence le 26 juin 2003 – des travaux réalisés par la Commission sur le sujet, il aurait appris que celle-ci avait adopté un projet d'article sur la continuité de la nationalité selon lequel le *dies ad quem* était la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée[79]. Or, il s'est abstenu de le faire. Si le tribunal avait pris la peine de s'informer de la controverse suscitée par la question du *dies ad quem* dans le cadre de la continuité de la nationalité, on peut penser qu'il se serait efforcé de formuler une règle moins restrictive et plus respectueuse des faits dont il était saisi, c'est-à-dire une règle qui se limiterait à interdire à un État de présenter une réclamation au nom d'un national lorsque ce national, postérieurement à l'introduction de la réclamation, a acquis la nationalité de l'État défendeur.

42. La sentence *Loewen* a fait à bon droit l'objet de vigoureuses critiques. Paulsson écrit par exemple:

> La façon dont le tribunal a traité la question de la continuité de la nationalité, quand on considère sa conclusion – à savoir qu'elle a un effet déterminant –, est d'une brièveté confondante[80].

---

[64] Voir l'historique de cette enquête donné par Duchesne, loc. cit., p. 794 à 797.

[65] *Décision administrative nº V* (voir *supra* la note 62).

[66] Affaire *Captain W. H. Gleadell (Great Britain) v. United Mexican States*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 44, également rapportée dans Hackworth, op. cit., p. 805; et affaire *F. W. Flack, on behalf of the estate of the Late D. L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 61, également rapportée dans Feller, op. cit., p. 96.

[67] Affaires suivantes: *Minnie Stevens Eschauzier* (voir *supra* la note 63), p. 207; *Benchiton, Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 615 [voir également *Annual Digest of Public International Law Cases, years 1923 to 1924* (London, Longmans, Green, 1933), p. 189]; *Maria Guadalupe A. Vve Markassuza* (non publié), rapportée dans Feller, op. cit., p. 97; et *Loewen* (voir *supra* la note 58).

[68] *Exors. of F. Lederer (deceased) v. German Government*, Tribunal arbitral mixte anglo-allemand, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, t. III (Paris, Sirey, 1924), p. 762 (en grande partie une question d'interprétation des traités); *F. H. Redward and Others (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims)* [10 novembre 1925], Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente: 1955.V.3), également rapportée dans Nielsen, *American and British Claims Arbitration*, p. 30 (réclamations retirées); *Chopin*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (numéro de vente: 1955.V.3), p. 68, et *Commission franco-américaine des réclamations, 1880-1884*, vol. 60, Recueil des réclamations (réclamation retirée); *Maud T. de Gennes*, rapportée dans Ralston, op. cit., p. 165; et *Kren Claim*, *International Law Reports*, vol. 20 (1953), p. 233.

[69] Voir le commentaire à cet effet de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Burthe v. Denis*, 133 U.S. (1890), p. 520 et 521.

[70] Voir Hackworth, op. cit., p. 805.

[71] Voir *supra* la note 68.

[72] Ibid.

[73] Ibid.

[74] Voir le rapport de Robert S. Hale, *Papers relating to the Treaty of Washington*, vol. VI (Washington, Government Printing Office, 1874), p. 14.

[75] Voir *supra* la note 58.

[76] Ibid.

[77] Ibid., par. 236.

[78] Voir *supra* la note 54.

[79] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 71, par. 280.

[80] Paulsson, «Continuous nationality in *Loewen*», p. 214.

Rien dans la sentence n'indique que les arbitres aient tenu compte de l'additif sur «la continuité de la nationalité et la cessibilité des réclamations» publié au début de 2000 par le Rapporteur spécial de la Commission du droit international sur la protection diplomatique, le professeur Dugard. Ils se contentent d'écrire que Loewen avait *prétendu* que ce rapport avait été publié, et avait suscité des critiques. Il suffit pourtant de lire le rapport pour voir que l'examen approfondi des précédents auquel s'est livré le professeur Dugard l'a convaincu qu'il n'existait pas de règle établie dans ce domaine. La définition du *dies ad quem* retenue par les arbitres de l'affaire *Loewen* était peut-être la moins vraisemblable d'une longue série de solutions possibles[18].

[18] Parmi ces solutions, on mentionnera: i) la date à laquelle un gouvernement épouse la revendication de son national; ii) la date à laquelle s'engagent des négociations diplomatiques; iii) la date à laquelle la réclamation est formellement déposée; iv) la date de la signature de la convention d'arbitrage du litige; v) la date de la ratification de ladite convention; vi) la date de l'entrée en vigueur de ladite convention; vii) la date de la présentation de la réclamation; viii) la date de la conclusion de la procédure orale; ix) la date du jugement (solution retenue par la sentence *Loewen*); et x) la date du règlement (solution la plus extrême).

Apparemment à leur insu, les arbitres de l'affaire *Loewen* ont adopté le raisonnement appliqué dans l'affaire *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain) v. United Mexican States* du 24 juin 1931 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 207); la demanderesse avait été déboutée de sa réclamation parce qu'elle avait perdu sa nationalité britannique en épousant un Américain entre la date de la conclusion de la procédure orale et celle du jugement. Comme le surarbitre (Edwin P. Parker) le relève dans la *Décision administrative n° V* du 31 octobre 1924 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 119): *a*) si la naturalisation est un transfert d'allégeance, elle n'emporte pas le transfert des obligations d'État existantes; et *b*) de toute façon, la plupart des décisions sont dictées par la *lex specialis* de la convention d'arbitrage et, par conséquent, ne sont pas l'expression d'un principe général; en réalité, il est douteux que cette prétendue règle [de la continuité de la nationalité] ait fait l'objet d'une approbation assez universelle pour justifier l'affirmation générale selon laquelle elle constituerait une règle constante de droit international[81].

Dans une veine similaire, Duchesne déclare qu'il existe «de bonnes raisons de mettre en doute l'autorité» de la sentence *Loewen*. Il s'explique:

Quelles que soient les autres réactions que la décision du tribunal dans l'affaire *Loewen* pourra susciter, son examen de la «règle» de la continuité de la nationalité est pour le moins précipité, pour ne pas dire bâclé. […] [C]et examen se résume à la simple affirmation de l'existence d'une «règle», sans citation à l'appui ni même discussion. Le tribunal va jusqu'à affirmer: «L'exigence de continuité de la nationalité jusqu'au terme de la procédure internationale engagée a une histoire qui n'est guère controversée.» Or […] même les précédents qui voient dans la continuité de la nationalité une «règle» des conventions d'arbitrage reconnaissent que la question de la date jusqu'à laquelle la nationalité d'origine doit être conservée se caractérise par une grande confusion et une absence de consensus. Le fait que les arbitres de l'affaire *Loewen* aient refusé de reconnaître, et a fortiori de réfuter, les précédents en sens contraire, alors même qu'ils en avaient été substantiellement informés par les parties au litige et qu'une audience contradictoire avait été consacrée à la question, donne fortement à penser [...] qu'ils ont abordé cette question avec une idée préconçue du droit international coutumier et ne se sont guère souciés de la soumettre à une analyse véritable[82].

On ne s'étonnera guère dans ces conditions que les Pays-Bas estiment qu'«on ne peut affirmer que l'affaire *Loewen* reflète véritablement l'état actuel du droit[83]».

43. Dans le contexte des incertitudes qui entourent le *dies ad quem*, la Commission est appelée à faire un choix entre la date de la présentation officielle de la réclamation et la date de la décision la concernant. La doctrine et les précédents ne sont pas concluants, et les réponses des États, bien que peu nombreuses, penchent en faveur de la date de présentation de la réclamation. Dans ces conditions, le choix de la Commission doit être guidé par des considérations de principe et de politique. Les considérations de principe militent en faveur de la date de présentation de la réclamation, car c'est elle qui défend le mieux les intérêts de l'individu. Il en est de même des considérations de politique, si du moins on assimile la politique à l'équité. En effet, il peut s'écouler de nombreuses années entre la présentation d'une réclamation et le prononcé de la sentence définitive et ce serait manquer à l'équité que de refuser à l'individu le droit de changer de nationalité, que ce soit par mariage ou par naturalisation, pendant cette période. De surcroît, la date de la présentation est importante puisque c'est la date à laquelle l'État de nationalité manifeste clairement qu'il entend exercer sa protection diplomatique – ce fait étant resté jusqu'alors incertain. C'est peut-être l'affaire *Minnie Stevens Eschauzier* (sur laquelle les États-Unis fondent leur position) qui fournit l'argument politique le plus fort:

On pourrait faire valoir que cela compliquerait considérablement la détermination de la compétence internationale si le tribunal devait tenir compte des changements intervenus dans l'intervalle entre le dépôt de la réclamation et la date du jugement. Ces changements peuvent en effet être nombreux, voire s'annuler les uns les autres. Des naturalisations peuvent être sollicitées, obtenues et perdues volontairement. Des mariages peuvent être contractés et dissous. Dans la majorité des cas, les changements d'identité ou de nationalité échapperont à la connaissance du tribunal, et souvent aussi des agents. Il sera extrêmement difficile, sinon impossible, de s'assurer qu'à la date de la décision tous les éléments personnels seront les mêmes que ce qu'ils étaient lorsque la réclamation a été présentée. Les questions de compétence seraient sans aucun doute simplifiées si la date du dépôt était acceptée comme concluante, sans que l'on ait besoin de retracer jusqu'à la date de la sentence les événements qui sont très souvent susceptibles de se produire postérieurement à la date de dépôt.

On ne s'étonnera donc pas que tant Borchard ([*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*] p. 664 et 666) que Ralston ([*The Law and Procedure of International Tribunals*, p. 161] sect. 293) affirment qu'une jurisprudence arbitrale étendue a établi qu'une réclamation doit être restée sans interruption, jusqu'au *moment de sa présentation*, le fait d'un national de l'État demandeur[84].

44. Les considérations de politique qui s'appliquent sont différentes lorsque le national au nom de qui la réclamation est formée acquiert la nationalité de l'État défendeur après la présentation de sa réclamation, comme ce fut le cas dans l'affaire *Loewen* et plusieurs autres affaires sur lesquelles s'appuient les États-Unis. Dans ces conditions en effet, l'équité impose de choisir la date de la sentence comme *dies ad quem*, car, comme il est dit dans la sentence *Loewen*, une position contraire «produirait un résultat si injuste qu'il ne pourrait se justifier que fondé sur une logique irréfutable ou des précédents indiscutables, ce qui n'est pas le cas ici[85]».

45. Il est donc proposé que la Commission conserve la date de la présentation officielle de la réclamation comme *dies ad quem* pour la règle de la continuité de la nationalité, mais qu'une exception soit prévue dans les cas où le

[81] Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, p. 183 et 184.

[82] Duchesne, loc. cit., p. 808 et 809. Il convient de noter que l'auteur est intervenu dans l'affaire *Loewen*.

[83] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 5.

[84] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 209.

[85] *International Legal Materials*, vol. 42, n° 4 (juillet 2003), p. 848, par. 232.

national au nom de qui la réclamation est formée acquiert la nationalité de l'État défendeur après la présentation de la réclamation. Dans ces cas, le *dies ad quem* serait la date de la sentence.

46. D'aucuns diront que le paragraphe 3 du projet d'article 5 a été rendu caduc par l'abandon du paragraphe 2 de ce projet d'article. Or, il peut être utile en cas de changement de nationalité consécutif à une succession d'États. Par conséquent, il est proposé de le conserver.

47. On propose pour l'article 5 le libellé suivant:

«1. Un État *n*'est en droit d'exercer la protection diplomatique *qu*'à l'égard d'une personne *qui a eu sa nationalité ou celle d'un État prédécesseur de façon continue depuis la date où le préjudice a été causé jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.*

«2. *Un État n'est pas en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui acquiert postérieurement à la présentation de la réclamation la nationalité de l'État contre qui cette réclamation est formée.*

«3. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un ancien État de nationalité de cette personne à raison d'un préjudice *causé* alors que celle-ci avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.»

## F. 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.**

48. L'Autriche estime que le paragraphe 2 est superflu «car il ne fait aucun doute que deux ou plusieurs États peuvent exercer conjointement leur droit de protection diplomatique». Même sans cette disposition, «l'État auquel la réclamation est présentée doit accepter une démarche conjointe[86]». L'Autriche prévient que ce paragraphe ne manquera pas de soulever des questions difficiles quant aux modalités de la démarche conjointe et à l'État qui aura priorité pour présenter la réclamation. La justesse de cet avis est étayée par les observations formulées par El Salvador, le Guatemala, le Qatar et l'Ouzbékistan[87]. Dans ces circonstances, il vaudrait mieux ne retenir que le paragraphe 1 de l'article 6.

[86] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 6.

[87] Ibid.

## G. 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 au moment où le préjudice a été causé qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.**

49. Cette disposition n'a guère suscité de critiques de la part de spécialistes[88] ou d'États. L'Autriche et la Norvège (au nom des pays nordiques) l'ont accueillie favorablement[89]. Alors que certains États se demandent si elle constitue une règle de droit international coutumier[90], la Norvège déclare qu'elle «constitue la codification d'une règle existante de droit international coutumier[91]». Certains États souhaitent avoir des précisions concernant le mot «prépondérant[92]», qui est expliqué dans le commentaire, tandis que le Maroc lui préfère le mot «effectif[93]». La Commission a toutefois clairement indiqué dans le commentaire que sa préférence va au mot «prépondérant», qui traduit l'élément de relativité et indique que l'individu a des liens plus forts avec un État qu'avec l'autre[94].

Il est proposé de retenir l'article 7 sous sa forme actuelle.

## H. Article 8

### *Apatrides et réfugiés*

**1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, au moment où le préjudice a été causé 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 si cette personne, au moment où le préjudice a été causé 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.**

[88] Voir Santulli, «Travaux de la Commission du droit international» (2001), p. 369 à 378.

[89] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 7.

[90] Ibid. (Qatar et peut-être Maroc.)

[91] Ibid.

[92] Ibid. (El Salvador et Ouzbékistan.)

[93] Ibid.

[94] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 28, par. 5 du commentaire relatif au projet d'article 7.

50. L'article 8, qui relève clairement du développement progressif du droit[95], bénéficie, à des degrés divers, d'un vaste appui. Étant donné qu'il s'agit de développement progressif, il serait sage de faire preuve de prudence, voire de retenir des critères stricts dans la définition des conditions d'exercice de la protection diplomatique. Aussi a-t-il été recommandé que la Commission ne suive pas la proposition de l'Autriche tendant à ce qu'un réfugié bénéficie de la protection diplomatique si, dès lors que sa qualité de réfugié est reconnue dans un État européen, l'intéressé établit sa résidence légale sur le territoire d'un autre État européen[96]. Pour la même raison, il est recommandé que la proposition des pays nordiques[97] tendant à ce que l'expression «résidence légale et habituelle» soit remplacée par l'expression «résidant régulièrement» ne soit pas adoptée. En revanche, la proposition de l'Ouzbékistan[98] tendant à ce que la «résidence légale et permanente» soit un critère va trop loin dans le sens opposé et ne devrait pas être acceptée non plus.

51. La décision prise par la Commission de faire preuve de souplesse quant au sens du terme «réfugié» et de ne pas se confiner à la définition retenue dans la Convention relative au statut des réfugiés[99] a donné lieu à controverse. L'Autriche soutient qu'on ne peut s'attendre à ce qu'un État intimé accepte une réclamation de protection diplomatique au nom d'une personne qualifiée de réfugié par l'État réclamant sans tenir dûment compte de la définition internationale[100]. En revanche, les pays nordiques estiment qu'«un État peut exercer une protection diplomatique en faveur des personnes qui satisfont au critère du rattachement territorial à cet État et qui, de l'avis de l'État, ont clairement besoin de protection, sans remplir nécessairement toutes les conditions voulues pour bénéficier du statut de réfugié[101]». Bien que cette question ne concerne que le commentaire et non la formulation de l'article 8, il s'agit d'une importante question de principe. Les pays nordiques la perçoivent entièrement sous l'angle de l'État réclamant alors que l'Autriche, sagement, prévient que l'État intimé peut refuser de reconnaître le droit d'un État d'exercer la protection diplomatique en faveur d'un réfugié qui ne remplit pas strictement les conditions voulues pour bénéficier du statut de réfugié. Le Rapporteur spécial souhaiterait avoir l'avis de la Commission sur ce sujet.

[95] Les États-Unis ont demandé [document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), «Autres commentaires et suggestions»] qu'il soit indiqué clairement qu'il s'agit d'un exercice de développement progressif du droit, ce qui a été fait au paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 8 [*Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 28].

[96] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 8.

[97] Ibid.

[98] Ibid. En outre, il n'est pas nécessaire d'examiner l'autre suggestion de l'Ouzbékistan, selon laquelle il conviendrait d'ajouter l'expression «et a accordé l'asile» après l'expression «la qualité de réfugié» au paragraphe 2, d'autant que cette question est déjà prise en compte par le critère de la reconnaissance du statut de réfugié énoncé au même paragraphe.

[99] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 29, par. 8 du commentaire relatif au projet d'article 8.

[100] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 8. Voir également les observations d'El Salvador et du Qatar (ibid.).

[101] Ibid.

## I. Article 9

### *État de nationalité d'une société*

**Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel la société a été constituée et sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction, ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire.**

52. Les observations concernant cette disposition soulèvent deux importantes questions. Premièrement, le dernier membre de phrase «ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire» peut être interprété comme une exigence d'un lien effectif entre la société et l'État exerçant la protection diplomatique. Deuxièmement, il se pose le problème d'une société «établie» (constituée) dans un État mais ayant son siège social dans un autre État. Dans ce cas, lequel des deux États peut exercer la protection diplomatique?

53. Dans le commentaire relatif à l'article 9, la Commission indique que

> le siège, la direction «ou […] un lien similaire» ne doivent donc pas être considérés comme des formes de lien effectif.
>
> Le membre de phrase «ou […] un lien similaire» doit être replacé dans le contexte de «son siège ou sa direction», suivant la règle d'interprétation *ejusdem generis*, qui exige qu'une proposition générale de ce genre soit interprétée restrictivement pour cadrer avec celle qui la précède. Cela veut dire qu'elle n'aura pas de vie propre. Elle doit nécessairement désigner un lien semblable à celui que constitue le «siège» ou la «direction»[102].

Malgré cette explication, il semble certain que le membre de phrase «ou […] un lien similaire» sera interprété comme exigeant une forme de lien effectif. En témoignent les observations de l'Autriche, des Pays-Bas et du Qatar[103]. Il est recommandé que ce membre de phrase soit supprimé car, quelle que soit l'explication qu'on en donnera dans le commentaire, celui-ci ne manquera pas d'être interprété comme étant synonyme de l'exigence d'un lien effectif.

54. Plusieurs États ont soulevé la question de savoir si une société ayant son siège dans un État autre que celui où elle est établie (constituée) pouvait jouir de la protection diplomatique[104]. C'est une question qui mérite d'être posée car le libellé actuel de l'article 9 donne à penser que seul l'État où la société est établie et sur le territoire duquel elle a «son siège ou sa direction ou […] un lien similaire» peut exercer la protection diplomatique. Cette interprétation est confirmée par le fait que l'article 9 parle de «l'État de nationalité» et qu'au paragraphe 7 du commentaire il est indiqué: «Cette formule est utilisée pour éviter de donner à penser qu'une société pourrait avoir une double nationalité[105].» C'est une erreur qui doit être rectifiée. Comme les Pays-Bas l'ont relevé à juste titre[106], les sociétés sont souvent établies dans plus d'un État et ont des sièges dans plus

[102] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 31, par. 5 et 6 du commentaire relatif au projet d'article 9.

[103] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 9.

[104] Ibid. (El Salvador, Guatemala, Maroc et Pays-Bas.)

[105] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 31.

[106] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 9.

d'un État. C'est une réalité du monde des affaires qu'on ne peut ignorer ni passer sous silence. Aussi est-il proposé de réviser substantiellement l'article 9; on a estimé par ailleurs que la proposition du Guatemala pourrait offrir la solution[107]. Il s'agirait ainsi de reconnaître la possibilité de la double nationalité des sociétés et d'adopter le critère de «lien le plus étroit», de «nationalité effective» ou de «nationalité prépondérante» (en accord avec l'article 7) pour déterminer l'État qui pourrait exercer la protection diplomatique. (La proposition du Guatemala tendant à ce qu'il soit indiqué clairement que le mot «corporation» s'entend d'une «société à responsabilité limitée dont le capital est représenté par des actions» est déjà prise en compte dans le paragraphe 2 du commentaire.)

55. Il est proposé de modifier le projet d'article 9 comme suit:

«1. L'État est habilité à exercer sa protection diplomatique lorsqu'un préjudice est causé à une société qui a sa nationalité.

«2. Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, une société a la nationalité de l'État sous la loi duquel elle a été établie et sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction.

«3. Lorsque, en application du paragraphe 2, deux États sont habilités à exercer la protection diplomatique, l'État avec lequel la société a globalement le lien le plus étroit exerce cette protection.»

## J. Article 10

### *Continuité de la nationalité d'une société*

**1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé ainsi qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.**

**2. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État.**

56. La règle de la continuité de la nationalité a déjà fait l'objet d'une analyse approfondie en ce qui concerne l'article 5. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre les arguments en faveur de la modification du paragraphe 1 pour y faire figurer les termes «seulement» et «de manière continuelle» ni de prévoir le cas de l'État prédécesseur[108]. Il n'est pas non plus nécessaire de reprendre les arguments tendant à retenir comme *dies ad quem* la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée, sauf lorsque la société concernée acquière la nationalité de l'État après la présentation de la réclamation.

57. Cela étant, les États-Unis s'opposent au paragraphe 2 de l'article 10[109], arguant que la protection des sociétés qui ont cessé d'exister ne devrait pas exiger qu'il soit fait exception à la règle de la continuité de la nationalité. Ils soutiennent ceci:

> [U]n État peut continuer d'exercer sa protection en épousant les réclamations d'une société tant que celle-ci conserve la personnalité morale, laquelle peut se limiter au droit d'ester en justice en droit interne. Nombreux sont les systèmes juridiques internes qui permettent aux sociétés de continuer à présenter et à combattre des réclamations qui ont pris naissance du vivant d'une société, durant une période limitée après sa dissolution, ce qui signifie que la personnalité morale subsiste jusqu'à la fin de cette période. Par conséquent, la prise en charge des réclamations d'une société qui a cessé d'exister est un problème qui risque rarement de se poser car, pour la plupart, les réclamations peuvent être examinées alors que la société a encore la personnalité morale[110].

Les États-Unis ajoutent qu'il y a des raisons judicieuses de principe pour lesquelles le droit interne permet qu'il soit mis fin à l'existence juridique des sociétés: «Les lois relatives à la survie et à la dissolution des sociétés prévoient une période de fin d'activité d'une durée précise, de façon que tous ceux qui ont affaire à une société sachent avec certitude qu'à l'issue de cette période, plus aucune réclamation pour le compte de la société ou contre celle-ci ne sera admise[111].» Les États-Unis mentionnent, pour étayer leur argumentation, des lois du Canada, des États-Unis, de la France et du Royaume-Uni, qui permettent aux sociétés d'ester en justice plusieurs années après leur dissolution.

58. Malheureusement, les États-Unis ne tiennent pas compte des préoccupations soulevées à ce propos par des juges (notamment le juge américain Jessup dans l'affaire *Barcelona Traction*[112]), des tribunaux et des auteurs, dont il est fait état dans le commentaire et dans le quatrième rapport sur la protection diplomatique[113]. Faute d'avoir contesté l'argumentation de ces autorités, voire de l'avoir examinée, et en l'absence d'une étude comparative élargie sur le droit et la pratique des sociétés de façon à établir que de nombreux systèmes juridiques permettent aux sociétés d'ester en justice après leur dissolution, le Rapporteur spécial est porté à croire qu'il convient de retenir le paragraphe 2, quoique *ex abundanti cautela.*

59. L'article 10 révisé devrait donc se lire comme suit:

«1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique *seulement* au bénéfice d'une société *qui avait sa nationalité, ou celle d'un État prédécesseur, de manière continue de la date à laquelle* le préjudice a été causé jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

«2. *Un État n'est pas en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est présentée après la présentation de ladite réclamation.*

---

[107] Ibid.

[108] Ibid. La mention de «l'État prédécesseur» répond aux préoccupations de l'Autriche (ibid., commentaire relatif au projet d'article 10) selon lesquelles l'article 10 ne prévoit pas le cas de la succession d'États.

[109] Ibid.

[110] Ibid.

[111] Ibid.

[112] *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61) p. 193. Voir aussi les opinions des juges Gros (p. 277), Sir Gerald Fitzmaurice (p. 101 et 102) et Riphagen (p. 345).

[113] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 32, par. 4 du commentaire relatif au projet d'article 10, notes 106 à 108; et *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/530 et Add.1, p. 24 à 27, par. 93 à 105.

«3. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État.»

## K. Article 11

### *Protection des actionnaires*

**L'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice 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 a, au moment du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si 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.**

60. L'alinéa *a* de l'article 11 vise à donner effet au *dictum* dans l'arrêt *Barcelona Traction*, dans lequel la Cour internationale de Justice a reconnu l'existence d'une exception à la règle générale selon laquelle seul l'État où une société a été constituée est habilité à protéger la société (et ses actionnaires) lorsque celle-ci a cessé d'exister[114]. La Commission a restreint la portée de cette exception en exigeant que la société ait cessé d'exister «pour un motif sans rapport avec le préjudice». L'Autriche fait observer, à juste titre, que cette restriction «est pratiquement inopérante puisque l'État ayant dissout la société est différent de celui présumé responsable du préjudice[115]». Le Rapporteur spécial partage cet avis et propose de supprimer ce membre de phrase.

61. L'autre proposition de l'Autriche tendant à ce qu'à l'alinéa *a* de l'article 11 «l'État de nationalité» soit remplacé par «l'État où la société s'est constituée[116]» ne peut être acceptée car l'idée est de souligner que la loi applicable est celle de l'État où la société est constituée. De manière générale, il s'agirait de l'État de nationalité sans pour autant être toujours le cas compte tenu de la révision proposée de l'article 9.

62. Les États-Unis proposent de supprimer l'alinéa *a* de l'article 11 «puisqu'il crée une situation anormale en conférant le droit de faire siennes les réclamations d'une société à l'État de nationalité des actionnaires davantage qu'à l'État où s'est constituée la société[117]». Ils déclarent que rien dans le commentaire ne justifie une telle exception. Cela étant, les États-Unis ne tiennent pas compte de l'argumentation de la Cour internationale de Justice en faveur de cette exception[118] dans l'affaire *Barcelona Traction*. L'article 11 vise à codifier le droit tel que défini dans l'arrêt *Barcelona Traction*, ce pourquoi la Commission a été félicitée par d'autres États[119]. Dans ces circonstances, il est proposé de retenir l'alinéa *a* de l'article 11, sous réserve de la suppression proposée par l'Autriche.

63. Les États-Unis s'opposent à l'alinéa *b* de l'article 11 pour des principes de droit et de bien public. S'agissant du droit, ils soutiennent que dans tous les cas cités par la Commission à l'appui de cette exception, on trouve en fait

> soit un accord spécial entre deux États donnant aux actionnaires le droit d'agir en réparation, soit un accord offrant des réparations aux actionnaires entre l'État responsable du préjudice et la société ayant sa nationalité. Il en résulte que les cas susmentionnés ne prouvent guère l'existence d'une norme de droit international coutumier autorisant les États à prendre à leur compte les réclamations des actionnaires contre l'État où la société est constituée, lorsque la constitution dans cet État conditionne l'exercice des activités sur son territoire[120].

S'agissant du principe de bien public, les États-Unis soutiennent que

> cette exception créerait un régime dans lequel les actionnaires des sociétés constituées dans un État y auraient plus de droit pour réclamer la protection diplomatique de leurs intérêts que les actionnaires des sociétés de capitaux étrangers, qui ne pourraient compter que sur l'État de nationalité de la société pour faire valoir leur cause. Il n'est pas évident que cette solution soit juste[121].

64. Le Rapporteur spécial ne peut souscrire aux critiques ci-dessus pour les raisons suivantes:

*a*) Le fait que les cas cités à l'appui de cette exception soient fondés sur des accords spéciaux n'entame pas leur valeur dans le processus de développement du droit. Les deux critères d'établissement d'une norme de droit coutumier sont *usus* et *opinio juris*. Le règlement de réclamations par accord spécial entre l'État où la société s'est constituée et l'État de nationalité des actionnaires témoigne à la fois de la pratique des États (*usus*) et d'un sentiment d'obligation de la part de l'État intimé de régler la réclamation (*opinio juris*).

*b*) Les États-Unis ne tiennent pas compte de l'ensemble des opinions judiciaires en faveur d'une telle exception, notamment des opinions individuelles des juges Wellington, Koo[122], Jessup[123], Tanaka[124] et Sir Gerald Fitzmaurice[125] dans l'affaire *Barcelona Traction*. Ils ne se demandent pas non plus si l'affaire *ELSI*[126] vient étayer l'exception comme indiqué dans le commentaire[127] et dans le quatrième rapport sur la protection diplomatique[128].

---

[114] *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 40 et 41, par. 64 à 68.

[115] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 *a*.

[116] Ibid.

[117] Ibid.

[118] *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 40 et 41, par. 64 à 68.

[119] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 (pays nordiques) et 11 *b* (Pays-Bas).

[120] Ibid., commentaire relatif au projet d'article 11 *b*.

[121] Ibid.

[122] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, objections préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1964*, p. 58, par. 20.

[123] *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 191 à 193.

[124] Ibid., p. 134.

[125] Ibid., p. 72 à 75.

[126] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

[127] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 34 et 35, par. 10 du commentaire relatif au projet d'article 11.

[128] *Annuaire… 2003* (voir *supra* la note 113), p. 22, par. 81 et 82.

*c*) Bien que la doctrine soit divisée sur le sujet, l'exception proposée est fortement étayée.

*d*) Les projets d'articles 9, 11 et 12 visent à codifier le droit exposé par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Cette exception s'inscrit dans le cadre des principes relatifs à cette question qui ont été exposés par la Cour.

*e*) L'argument des États-Unis est probablement des plus déficients s'agissant du principe de bien public. Comme l'indique la Norvège (au nom des pays nordiques):

> Un État ne doit pas être admis à exiger qu'un groupement d'intérêts étranger se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoquer le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'exercice de la protection diplomatique par l'État de nationalité du groupement d'intérêts[129].

Cette position rappelle la réponse que le Royaume-Uni a donnée à l'argument avancé par le Mexique dans l'affaire de la *Mexican Eagle*, selon lequel un État (en l'espèce le Royaume-Uni) ne pouvait intervenir pour le compte de ses ressortissants actionnaires d'une société mexicaine, comme 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[130].

Lorsqu'une société est tenue de se constituer dans un État comme condition préalable à l'exercice de ses activités sur le territoire de cet État, elle est qualifiée de «société Calvo» car la constitution de la société assure à l'État d'accueil une protection tout aussi solide que la clause Calvo. D'où l'observation des Pays-Bas selon laquelle, «dans le cas des sociétés Calvo, l'État de nationalité de l'actionnaire aurait titre à exercer la protection diplomatique[131]». Les considérations de bien public de cette nature ont beaucoup plus de poids que celles évoquées par les États-Unis.

*f*) La dernière faiblesse de la position des États-Unis tient au fait qu'elle ne fait pas de distinction entre les sociétés qui se sont librement et volontairement constituées dans un État et celles qui ont été contraintes de se constituer dans cet État en vertu de la loi ou sous la pression politique. Les États-Unis ne tiennent pas compte de cette distinction, qui est fondamentale pour l'alinéa *b* de l'article 11[132].

65. Pour élaborer les présents projets d'article, le Rapporteur spécial s'est inspiré largement de la pratique des États, de décisions judiciaires et de principes généraux. S'agissant de l'alinéa *b* de l'article 11, il a été influencé dans un sens favorable à cette exception par la pratique des États-Unis (*Delagoa Bay Railway Co.*[133] et *El Triunfo*[134]), des décisions judiciaires concernant les États-Unis (affaire *ELSI*[135]), des opinions judiciaires (juge Jessup dans l'arrêt *Barcelona Traction*[136]) et des principes généraux (opposition à la clause Calvo et aux sociétés Calvo). Il trouve par conséquent étrange que les États-Unis dénoncent une exception qui est si fortement étayée par des éléments faisant autorité dans ce pays. En résumé, les motifs avancés pour faire supprimer l'alinéa *b* de l'article 11 ne sont pas convaincants; ces dispositions devraient donc être retenues.

66. Les pays nordiques s'élèvent contre le fait qu'aux termes de l'alinéa *b* de l'article 11, cette exception ne s'applique que lorsqu'il est établi que la constitution de la société «en vertu du droit interne» de l'État en cause est une condition préalable à l'exercice d'une activité. Ils estiment que «suivant le développement progressif du droit international, il y a de bonnes raisons d'étendre cette exception aux cas où la condition de constitution conformément au droit interne n'est pas formelle mais procède d'une pression informelle ou politique sur les intérêts étrangers[137]». Les pays nordiques proposent que cette question soit réglée dans le commentaire. Il est néanmoins recommandé qu'elle soit traitée dans le libellé même de l'alinéa *b* de l'article 11. Dans la plupart des cas, le gouvernement exerce des pressions politiques sur les investisseurs étrangers pour qu'ils se constituent en société dans l'État d'accueil sans que cela soit prévu dans le droit interne. Il va sans dire que ces pressions sont aussi efficaces que la lettre de la loi.

67. Il convient de faire droit à la proposition des Pays-Bas[138] tendant à harmoniser la formulation des projets d'article et à celle de l'Autriche[139] selon laquelle des éclaircissements seraient souhaitables dans le commentaire s'agissant de l'alinéa *b* de l'article 11.

68. Il est proposé de réviser l'article 11 comme suit:

«L'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice 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 a, au moment du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si 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.»

---

[129] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 *b*.

[130] Whiteman, *Digest of International Law*, p. 1273 et 1274.

[131] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 *b*.

[132] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 34, par. 8 du commentaire relatif au projet d'article 11.

[133] Moore, *Digest of International Law*, p. 647.

[134] *El Triunfo Company*, décisions des 2 et 8 mai 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (numéro de vente: 1966.V.3), p. 467.

[135] Voir *supra* la note 126.

[136] *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 191 à 193.

[137] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 *b*.

[138] Ibid.

[139] Ibid.

## L. 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.**

69. Les États-Unis considèrent cette disposition comme superflue, les droits des actionnaires étant déjà couverts par les articles 2 et 3[140]. Cela est exact. Toutefois, si l'on veut que le projet d'articles codifie exhaustivement les principes énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction*[141], il faut conserver cette disposition. Une autre raison de la conserver est que son commentaire permet aux commentaires – et aux projets d'article sur la protection des sociétés et des actionnaires – de donner une image complète du droit sur cet aspect de la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial ne fait aucune recommandation à la Commission sur le sujet, mais est enclin à préférer que l'on conserve la disposition.

## M. Article 13

### *Autres personnes morales*

**Les principes énoncés dans les articles 9 et 10 au sujet des sociétés s'appliquent selon le cas à la protection diplomatique d'autres personnes morales.**

70. L'article 13 vise à étendre les principes relatifs à la protection diplomatique des sociétés à d'autres personnes morales. Cette notion exclut les personnes physiques[142]. D'autre part, comme le fait observer le Guatemala[143], des personnes morales ou des entreprises autres que les sociétés commerciales (c'est-à-dire les entreprises à responsabilité limitée qui réalisent les bénéfices et dont le capital est représenté par des actions) peuvent avoir des actionnaires qui répondent des dettes de la société jusqu'à la limite de leur participation au capital, et les principes énoncés aux articles 11 et 12 leur sont également applicables. C'est pourquoi la disposition devrait viser les principes 9 à 12 et pas seulement les principes 9 et 10. Par ailleurs, le Rapporteur spécial ne comprend pas pourquoi l'indépendance des organisations non gouvernementales serait compromise par la protection diplomatique, comme le déclare le Qatar[144].

71. L'article 13 devrait donc être révisé comme suit:

«Les principes énoncés dans les articles *9 à 12* au sujet des sociétés s'appliquent selon le cas à la protection diplomatique d'autres personnes morales.»

[140] Ibid., commentaire relatif au projet d'article 12.

[141] *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 36, par. 46 et 47.

[142] Voir la suggestion d'El Salvador à cet égard [document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 13].

[143] Ibid.

[144] Ibid.

## N. Article 14

### *Épuisement des recours internes*

**1. L'État de la nationalité ne peut formuler une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée à l'article 8 avant que la personne lésée ait, sous réserve de l'article 16, épuisé tous les recours internes.**

**2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts à une personne lésée devant les tribunaux ou organes, judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux, de l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.**

72. Outre les propositions néerlandaises concernant le remaniement du commentaire[145], la seule observation affectant le paragraphe 1 de l'article 14 émane des États-Unis. Ce pays fait observer que, dans l'affaire *ELSI*, la Cour internationale de Justice a reconnu «qu'un recours pouvait être épuisé au regard du droit international lorsque la substance de la requête avait été examinée par les juridictions internes, indépendamment de la question de savoir si la même personne ou entité bénéficiait ou non d'une protection diplomatique[146]». Les États-Unis proposent donc de reformuler le paragraphe 1 en supprimant l'obligation pour la personne lésée d'être la partie qui doit épuiser les recours internes. Le Rapporteur spécial sait gré aux États-Unis de cette proposition utile, et il la recommande donc à la Commission.

73. Les Pays-Bas ont proposé une modification mineure du paragraphe 2 visant à aligner celui-ci sur l'alinéa *b* de l'article 11[147].

74. Il est proposé de réviser l'article 14 comme suit:

«1. *Un État ne peut formuler une réclamation internationale au sujet d'un préjudice causé à un de ses nationaux ou à une autre personne visée à l'article 8 tant que les recours internes n'ont pas été épuisés, sous réserve de l'article 16.*

«2. Par "recours internes" on entend les recours juridiques ouverts à une personne lésée devant les tribunaux ou organes, judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux, de l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.»

## O. Article 15

### *Catégorie de réclamations*

**Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose principalement sur un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée à l'article 8.**

[145] Ibid, commentaire relatif au projet d'article 14.

[146] Ibid, par. 4. En ce qui concerne les traités de droits de l'homme, voir Schermers, «Exhaustion of domestic remedies», p. 954 à 958.

[147] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 *b*.

75. La décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena*[148] explicite considérablement le droit relatif à la distinction entre préjudice direct et préjudice indirect au regard de la règle de l'épuisement des recours internes, mais elle n'affecte pas la validité de la formulation du principe énoncé à l'article 15. À l'évidence, ce principe devra faire l'objet de développements dans le commentaire. L'Autriche pose une question au sujet du titre de l'article 15[149]. Le titre «Réclamations mixtes» est peut-être préférable. Aucune modification de l'article 15 lui-même n'est recommandée.

## P. Article 16

### *Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes*

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

***a*) les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace;**

***b*) l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État réputé responsable;**

***c*) il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes;**

***d*) l'État réputé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.**

76. Le Mexique fait deux commentaires généraux sur l'article 16[150]. D'abord, il appelle l'attention sur l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes en cas de répétition prévisible du préjudice. Bien que cette exception arrête l'attention d'Amerasinghe[151], elle semble être couverte par l'alinéa *a* et sera traitée dans le commentaire de cet alinéa. Le Mexique propose également d'insérer une disposition sur la charge de la preuve en matière d'épuisement des recours internes. On se souviendra que la Commission a décidé de ne pas inclure de provision de ce type dans le projet[152]. Il pourrait toutefois être judicieux d'aborder ce point dans le commentaire.

### 1. Alinéa *a*

77. Lorsque la Commission a examiné l'alinéa *a*, elle était confrontée à trois options: futilité évidente, aucune perspective raisonnable de succès et aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace[153]. Elle a préféré la troisième option, consacrée à l'alinéa *a*. Les États-Unis[154] demandent à la Commission de revenir sur sa décision et d'adopter le critère de futilité aux motifs qu'il rend plus exactement compte du droit international coutumier[155] et que des considérations de principe militent en sa faveur, en ce qu'elles exigent que «dans toutes les circonstances, sauf les plus extrêmes, un État ait la possibilité de remédier aux violations du droit international dans le cadre de son propre système juridique[156]». Les États-Unis proposent donc la disposition suivante:

> Il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsqu'ils sont à l'évidence futiles ou inefficaces. L'épuisement des recours internes n'est pas à l'évidence futile ou inefficace si l'on peut raisonnablement escompter avoir accès à une instance susceptible de fournir une réparation efficace[157].

Le Rapporteur spécial n'est pas favorable à la réouverture du débat sur des questions qui ont déjà été tranchées, mais il rappelle que le critère de la futilité a effectivement bénéficié d'un certain appui à la Commission. Il est donc proposé que la Commission réexamine cette question. Elle devra toutefois être consciente des arguments opposés aux critères de la futilité qui sont visés dans le commentaire[158] et le troisième rapport sur la protection diplomatique[159]. Comme indiqué dans ce troisième rapport, le critère de la «futilité manifeste», énoncé pour la première fois dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*[160], n'a pas été suivi dans l'affaire *ELSI*[161] et a été critiqué par certains auteurs[162]. On lui reproche essentiellement de donner à penser que l'inefficacité du recours interne doit être «immédiatement apparente». Pour y remédier, Sir Hersch Lauterpacht a proposé d'y associer l'idée de «possibilité raisonnable» de succès[163] afin de permettre au tribunal d'examiner si, compte tenu des circonstances de l'espèce, un recours efficace est une possibilité raisonnable. C'est le texte que la Commission a préféré en 2002 et c'est celui que défend toujours le Rapporteur spécial.

78. Si la Commission décide de ne pas retenir la proposition des États-Unis, elle devrait prendre en considération

---

[148] *C.I.J. Recueil 2004* (voir *supra* la note 28), en particulier p. 35 et 36, par. 40. Voir aussi les opinions individuelles des juges Parra-Aranguren (p. 90 et 91, par. 27 et 28) et Vereshchetin (p. 81 à 83, par. 7 à 11). Voir en outre Künzli, «Case concerning Mexican nationals», et Milano, loc. cit., p. 128 à 130.

[149] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 15.

[150] Ibid., commentaire relatif au projet d'article 16.

[151] *Local Remedies in International Law*, p. 212.

[152] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 67 et 68, par. 252.

[153] Ibid., p. 58, par. 178.

[154] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *a*.

[155] Voir Amerasinghe, op. cit., p. 206: «[L]e critère est la futilité évidente ou l'inefficacité manifeste, et non l'absence d'une perspective raisonnable de succès ou une improbabilité du succès, qui sont tous deux des critères moins rigoureux.»

[156] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *a*.

[157] Ibid.

[158] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 39 et 40, par. 2 et 3 du commentaire relatif au projet d'article 16.

[159] *Annuaire… 2002*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/523 et Add.1, p. 53 à 59, par. 18 à 45.

[160] *Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war* (1934), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1504.

[161] *C.I.J. Recueil 1989* (voir *supra* la note 126), p. 46 et 47, par. 59 et 62.

[162] Amerasinghe, «The local remedies rule in appropriate perspective», p. 752; Simpson et Fox, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 114; Mummery, «The content of the duty to exhaust local judicial remedies», p. 401.

[163] *Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 39.

la proposition autrichienne tendant à ce que le mot «disponibles» soit inséré à l'alinéa *a* pour l'aligner sur l'article 44[164] du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[165].

### 2. Alinéa *c*

79. Deux propositions très différentes ont été faites au sujet de l'alinéa *c*. L'Autriche propose de supprimer le premier membre de phrase, l'alinéa ne traitant plus que du cas où les circonstances de l'espèce font qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes[166]. Les États-Unis quant à eux proposent de ne conserver que la première partie de l'alinéa, en la remaniant comme suit:

> Il n'est pas nécessaire d'épuiser les recours internes lorsqu'il n'y a pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable[167].

Le Rapporteur spécial approuve la proposition des États-Unis. L'objectif principal de l'alinéa *c* est d'instituer une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes lorsque la personne lésée n'a aucun lien volontaire avec l'État désigné comme responsable du préjudice – comme dans le cas de pollution transfrontière ou lorsqu'un avion pénètre par accident dans l'espace aérien d'un autre État[168]. Certains membres de la Commission ont évoqué d'autres situations dans lesquelles il peut ne pas être nécessaire d'épuiser les recours internes, comme lorsqu'un État refuse l'entrée de son territoire aux ressortissants d'un autre État ou lorsque l'épuisement des recours internes serait d'un coût prohibitif[169]. La deuxième partie de l'alinéa *c* a été adoptée pour tenir compte de telles situations. Toutefois, comme le notent les États-Unis, celles-ci sont déjà couvertes par l'alinéa *a*. Il est donc proposé d'adopter la proposition des États-Unis, moyennant l'insertion d'une clause indiquant que l'absence de lien pertinent s'entend au moment où le préjudice est causé, conformément à la proposition de l'Autriche[170].

### 3. Alinéa *d*

80. L'alinéa *d* ne distingue pas entre renonciation expresse et renonciation tacite. Le commentaire, par contre, indique que la renonciation peut être implicite lorsque l'intention de renoncer à la règle de l'épuisement des recours internes est claire[171]. Ce commentaire sera remanié pour tenir compte de la suggestion utile du Guatemala à ce sujet[172].

81. Il est proposé d'envisager l'article 16 sous la forme suivante:

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

«SOIT

«*a*) les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation *disponible et* efficace;

«SOIT

«*a*) *les recours internes sont à l'évidence futiles ou manifestement inefficaces. L'épuisement des recours internes n'est pas à l'évidence futile ni manifestement inefficace lorsqu'une instance est raisonnablement disponible pour accorder une réparation efficace*;

«*b*) l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État réputé responsable;

«*c*) *il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État dont il est allégué qu'il est responsable lorsque le préjudice a été causé*;

«*d*) l'État réputé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.»

## Q. Articles 17 et 18

### Article 17

***Actions ou procédures autres que la protection diplomatique***

**Les présents articles sont sans préjudice du droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.**

### Article 18

***Dispositions conventionnelles spéciales***

**Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec des dispositions conventionnelles spéciales, y compris celles qui ont trait au règlement des différends opposant des sociétés ou leurs actionnaires à des États.**

---

[164] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *a*.

[165] Aux termes de l'article 44:

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

«[…]

«*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.»

[*Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 30.]

[166] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *c*.

[167] Ibid.

[168] Les États-Unis estiment que le commentaire devrait être plus précis en ce qui concerne l'absence de lien pertinent en cas de survol accidentel du territoire d'un autre État (ibid.).

[169] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 42, par. 11 du commentaire relatif au projet d'article 16, pour d'autres exemples.

[170] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *c*.

[171] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 42 et 43, par. 16 du commentaire relatif au projet d'article 16. Il n'est donc pas nécessaire d'insérer une disposition expresse sur la renonciation implicite, comme le propose l'Ouzbékistan dans le document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaires relatifs à la quatrième partie.

[172] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *d*.

82. L'Ouzbékistan propose d'intituler la quatrième partie «Autres dispositions» au lieu de «Dispositions diverses[173]». Cette proposition devrait être examinée.

83. Comme des propositions en faveur de la réunion des articles 17 et 18 ont été faites[174], ces deux dispositions seront examinées ensemble. Les articles 17 et 18 ont le même objet: indiquer que le projet d'articles n'affecte pas les autres procédures ou mécanismes du droit international coutumier ou conventionnel qui permettent de faire valoir des droits ou de formuler des réclamations, et vice versa. À première vue, il peut sembler judicieux de réunir ces deux dispositions. De fait, cette fusion était recommandée dans le cadre du cinquième rapport sur la protection diplomatique, sous la forme d'un article ainsi libellé:

> Les présents articles sont sans préjudice des droits des États ou des personnes d'invoquer des procédures autres que la protection diplomatique pour obtenir réparation du préjudice que leur a causé un fait internationalement illicite [qui peut aussi habiliter l'État national de la personne lésée à exercer sa protection diplomatique][175].

Toutefois, à la réflexion, il semble qu'il soit plus sage de conserver deux dispositions distinctes, étant donné les intérêts très différents que les articles 17 et 18 servent à protéger.

84. L'article 17 vise essentiellement à garantir que l'institution de la protection diplomatique n'entrave pas la protection des droits de l'homme par d'autres moyens ou n'y fasse pas obstacle. La Commission reconnaît que la protection diplomatique n'est qu'un des moyens de protéger les droits de l'homme, et un moyen très limité puisqu'il ne bénéficie qu'aux nationaux. Il y a d'autres procédures de protection des droits de l'homme qui ne sont pas ainsi limitées. Les traités de droits de l'homme confèrent des droits et ouvrent des recours à tous les êtres humains dont les droits de l'homme sont violés, quelle que soit leur nationalité. De plus, l'évolution récente du droit international permet à l'État de protéger – par une protestation, par la négociation, par l'arbitrage ou par une action judiciaire[176] – aussi bien ses nationaux que des non-nationaux victimes de la violation de normes relatives aux droits de l'homme (ayant le statut de *jus cogens*[177] ou qui énoncent des obligations *erga omnes*[178]) sur le territoire d'un autre État[179]. Le juge Simma l'a récemment souligné dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*[180], estimant que cette évolution du droit international aurait permis à l'Ouganda de protéger aussi bien ses nationaux que des non-nationaux dont les droits de l'homme étaient menacés par l'armée de la République démocratique du Congo à l'aéroport de Kinshasa.

85. Malheureusement, l'objet de l'article 17 n'a pas été pleinement compris. Milano a interprété la relation entre le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté en 2001 et le projet d'articles sur la protection diplomatique de 2004 comme signifiant que le droit d'un État d'intervenir en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite au profit de non-nationaux dont des droits relevant du *jus cogens* ont été violés est limité par le projet d'articles sur la protection diplomatique, qui exige la preuve de la nationalité[181]. Il parvient à cette conclusion en interprétant l'article 48 comme assujetti à l'article 44, qui dispose que la responsabilité de l'État ne peut être invoquée si «la demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations», telle que celles-ci sont maintenant énoncées dans le projet d'articles sur la protection diplomatique. Cela l'amène à conclure que «dans le droit de la responsabilité de l'État, les mécanismes de la protection diplomatique prévalent sur ceux de la protection des droits de l'homme, même si le préjudice est causé à l'individu par une violation de ses droits de l'homme[182]». Il ajoute:

> [I]l ressort d'une lecture croisée des articles de 2001 sur la responsabilité et des articles de 2004 sur la protection diplomatique qu'il n'est plus guère possible d'exiger l'exécution d'obligations *erga omnes* en matière de droits de l'homme en dehors des mécanismes traditionnels de la protection diplomatique[183].

86. L'article 17 doit dissiper les doutes de cette espèce en précisant que le projet d'articles ne vise en aucune manière à faire obstacle aux autres procédures de protection des droits de l'homme. La meilleure solution pour cela est une disposition distincte, comme l'article 17. Il semble toutefois, à en juger par l'article de Milano[184], que cet article n'atteigne pas le but souhaité. Peut-être, dans ces conditions, est-il nécessaire de le remanier afin que son objet soit encore plus clair, même si cela semble difficile au Rapporteur spécial. Peut-être qu'on peut le faire en adoptant le remaniement proposé par les Pays-Bas:

> Le droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager des actions ou procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice subi à raison d'un fait internationalement illicite n'est pas affecté par les présents projets d'article[185].

---

[173] Ibid., commentaires relatifs à la quatrième partie.

[174] El Salvador (ibid., commentaire relatif au projet d'article 18) et Qatar (ibid., commentaire relatif au projet d'article 17). Voir également les Pays-Bas (ibid., «Autres commentaires et suggestions»).

[175] *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/538, chap. IV.B, p. 57.

[176] Sous réserve bien entendu de l'existence d'un lien juridictionnel. Mais cette restriction vaut également pour la protection diplomatique.

[177] Voir les articles 40, 41 et 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 29 et 30.

[178] *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 32.

[179] Voir en outre sur ce sujet: Gaja, «Is a State specially affected when its nationals' human rights are infringed?» et «Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique»; Condorelli, «L'évolution du champ d'application…»; et Forcese, «Shelter from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law», p. 497 et 498.

[180] Arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, opinion individuelle du juge Simma, p. 339 à 350, par. 17 à 41. Voir également l'opinion dissidente de M. Kateka, juge ad hoc, ibid., p. 381, par. 69.

[181] Milano, loc. cit., p. 103 à 108.

[182] Ibid., p. 106.

[183] Ibid., p. 107. Milano suggère que la relation curieuse qui existe entre l'article 44 et l'article 48 découle peut-être d'une négligence de la Commission, qui aurait omis de préciser que l'article 44 ne s'applique qu'aux demandes relevant de la protection diplomatique et non à l'article 48. Peut-être a-t-il raison!

[184] Ibid. Milano n'est pas convaincu par l'article 17.

[185] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 17.

87. Il est donc proposé de conserver l'article 17 en tant que disposition distincte, ainsi libellé:

«SOIT

«les présents articles sont sans préjudice du droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager [en vertu du droit international[186]?] des actions ou procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

«SOIT

«*le droit des États, des personnes physiques et d'autres entités d'engager des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice causé par un fait internationalement illicite n'est pas affecté par les présents articles*.»

88. L'objet de l'article 18 est de préciser que le projet d'articles ne porte pas atteinte aux traités d'investissements bilatéraux et multilatéraux pouvant énoncer des règles différentes en ce qui concerne le traitement des investisseurs, personnes physiques et morales. Comme ces traités sont sensiblement différents, tant par leur matière que par leur forme, de ceux envisagés à l'article 17, il est judicieux de les envisager séparément.

89. L'Autriche et le Maroc critiquent le libellé de l'article 18, et en particulier l'expression «dispositions conventionnelles spéciales[187]». Le Maroc fait observer à juste titre que la Convention de Vienne sur le droit des traités ne connaît pas la notion de «conventions spéciales». Il propose donc, et le Rapporteur spécial recommande, que le projet d'article 18 soit reformulé comme suit:

«Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec *les régimes spéciaux prévus par des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements*.»

## R. Article 19

### *Équipage des navires*

**Le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ces derniers 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 à la suite d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.**

90. La plupart des États ayant présenté des observations ont réagi favorablement à l'article 19[188] mais ont fait plusieurs suggestions. L'Autriche signale que la condition attachée à l'exercice de sa protection par l'État du pavillon risque d'être interprétée comme également applicable à l'exercice de la sienne par l'État de nationalité des membres de l'équipage. Ce problème peut être résolu en scindant la disposition en deux phrases, comme proposé ci-dessous. Le Mexique demande à la Commission de résoudre la question des réclamations concurrentes. La Commission ne l'a pas fait pour les réclamations concernant les personnes ayant une double nationalité et il semble qu'il serait également peu judicieux ou utile de le faire en l'espèce. Les Pays-Bas proposent d'incorporer l'article 19 dans l'article 8 parce que ces deux articles iraient de pair. Or cela est inexact. En effet, l'article 8 traite de l'extension du bénéfice de la protection diplomatique aux apatrides et aux réfugiés, alors que l'article 19 reconnaît à l'État de nationalité d'un navire le droit de demander réparation au bénéfice des membres d'équipage mais non celui d'exercer sa protection diplomatique.

91. Les États-Unis souscrivent pleinement aux principes exposés à l'article 19, mais ils font valoir qu'étant donné que le droit de l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage ne relève pas de la protection diplomatique, cette disposition devrait être omise[189]. Cette question devrait être examinée par la Commission. Par ailleurs, on se souviendra que la Commission a décidé d'inclure l'article 19 dans le projet parce que la protection exercée par l'État du pavillon est analogue à la protection diplomatique, comme le Tribunal international du droit de la mer l'a reconnu dans l'affaire du *Navire* «Saiga» (*n° 2*)[190], et il est impératif pour des raisons de politique de réaffirmer la légitimité de ces deux types de protection, car les équipages des navires sont vulnérables et doivent être protégés au maximum[191].

92. Le Rapporteur spécial propose que, si la Commission décide de conserver l'article 19, elle le conserve sous sa forme actuelle. À défaut, elle pourrait le scinder en deux phrases pour répondre à la critique faite par l'Autriche. Il pourrait ainsi se lire comme suit:

«L'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire a le droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ces derniers. L'État de nationalité d'un navire [État du pavillon?] peut [de même?] demander réparation au nom des membres de l'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés à la suite d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.»

Le Rapporteur spécial préfère le texte original, car il ne pense pas qu'il risque d'être interprété comme le craint l'Autriche.

---

[186] Les Pays-Bas proposent de supprimer cette expression au motif que le droit des États de présenter des conclusions d'*amicus curiae* devant les juridictions internes, comme l'a fait l'Union européenne dans des instances aux États-Unis d'Amérique, doit demeurer inchangé (ibid.).

[187] Ibid., commentaire relatif au projet d'article 18.

[188] Ibid., commentaire relatif au projet d'article 19: Autriche, Mexique, Norvège (au nom des pays nordiques) et Pays-Bas.

[189] Ibid.

[190] *Navire* «Saiga» *(n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, par. 103 à 107.

[191] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 45 et 46, commentaire relatif au projet d'article 19.

CHAPITRE II

## Le droit du national lésé à une indemnisation

93. Le présent projet d'articles porte seulement sur la nationalité des réclamations et l'épuisement des voies de recours internes, et non sur les règles primaires de la protection diplomatique, à savoir les règles régissant le traitement des étrangers. Il ne traite pas non plus des conséquences de la protection diplomatique. Ce champ d'application limité a fait l'objet d'un débat et a été approuvé par la Commission à ses cinquante-sixième et cinquante-septième sessions, en 2004 et 2005. La décision de ne pas traiter des conséquences de la protection diplomatique peut se justifier par le fait que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le commentaire exhaustif qui l'accompagne couvrent la plupart des aspects du sujet[192]. Il y a toutefois un aspect des conséquences de la protection diplomatique qui n'est pas envisagé dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite: la question de savoir si l'État auteur de la réclamation qui a obtenu satisfaction est tenu de verser au national lésé l'indemnité qu'il peut avoir reçue. La Commission a été critiquée parce qu'elle a laissé passer l'occasion de reconnaître cette règle, ne serait-ce qu'au titre du développement progressif[193]. Dans son intervention à la Sixième Commission, le 24 octobre 2005, le représentant de la France a déclaré que les arguments avancés par le Rapporteur spécial pour expliquer pourquoi il écartait le traitement des conséquences de la protection diplomatique n'étaient pas pleinement convaincants. Même si la protection diplomatique faisait figure d'exception au regard du droit commun de la responsabilité, la question de savoir si un État était tenu de verser à la personne lésée le montant de l'indemnité qu'il avait perçue en exerçant la protection diplomatique était fondamentale[194].

L'Autriche fait une observation similaire dans les commentaires qu'elle a présentés à la Commission:

> Une autre question qui mérite un examen attentif est le problème de la relation entre la personne dont les droits sont protégés et l'État qui exerce le droit à la protection diplomatique. Il serait également possible d'examiner le problème du résultat de l'exercice de la protection diplomatique et de l'accès de l'intéressé à ce résultat. D'une part, on pourrait bien entendu soutenir qu'il s'agit là d'une question qui concerne la relation entre l'État et ses nationaux; d'autre part, cependant, il faudrait s'assurer que la personne lésée pour le compte de laquelle la réclamation a été présentée bénéficie de l'exercice de la protection diplomatique[195].

Après réflexion, le Rapporteur spécial estime que la Commission devrait examiner la question même *in extremis.*

94. D'après la règle établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, l'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu s'agissant de verser à son national l'indemnité qu'il a pu recevoir à la suite d'une réclamation qu'il a présentée au bénéfice dudit national. Si, selon cette règle, «[e]n prenant fait et cause pour l'un des siens […] cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre» et devient le seul «plaideur[196]», il est logiquement difficile de dire que l'État est assujetti à des restrictions dans l'intérêt de l'individu concerné pour ce qui est du règlement de la réclamation ou du versement des éventuelles indemnités. L'État ayant une «liberté d'action totale[197]», il n'est pas tenu d'insister pour obtenir réparation de l'intégralité du préjudice subi par le national lésé. Il peut au contraire accepter un règlement partiel, ce qui arrive souvent. Cela signifie qu'en pratique l'intéressé peut ne recevoir que 10 % de la valeur de la réclamation[198]. Dans le cadre de l'accord franco-russe conclu en 1998, 99 % des droits patrimoniaux des personnes physiques ou morales ont été concédés[199]. En 1994, le Tribunal supérieur de justice de Madrid a débouté un national qui contestait la conclusion d'un accord par lequel l'Espagne et le Maroc étaient convenus d'une indemnisation forfaitaire, faisant valoir que la pratique internationale permettait le versement d'indemnités d'un montant inférieur au préjudice causé[200].

95. La Commission a fait de la règle établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* le fondement de son projet d'articles. Elle a pour cette raison rejeté une proposition tendant à obliger l'État à exercer sa protection diplomatique lorsqu'un national était lésé par la violation d'une norme de *jus cogens*. Par ailleurs, la logique de l'arrêt *Mavrommatis* ne l'emporte pas toujours: c'est ainsi que la règle de la nationalité continue et la condition de l'épuisement des recours internes vont à son encontre, car elles montrent qu'un préjudice causé à un de ses nationaux ne confère pas automatiquement à l'État le droit d'exercer sa protection diplomatique. La règle *Mavrommatis* n'est pas non plus appliquée de manière logique et cohérente pour ce qui est de l'évaluation des dommages-intérêts réclamés, l'indemnité étant généralement calculée en fonction du préjudice subi par l'individu. La Cour permanente de justice internationale l'a reconnu dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*[201],

---

[192] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 93 à 118, art. 28 à 39.

[193] Milano, loc. cit., p. 108. Voir aussi Gaja, «Droits des États…», p. 69.

[194] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 73.

[195] Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), «Observations générales».

[196] Voir *supra* la note 4.

[197] Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a déclaré: «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. Sa demande n'étant pas identique à celle du particulier ou de la société dont il épouse la cause, l'État jouit d'une *liberté d'action totale**» [*C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 44].

[198] Geck, «Diplomatic protection», p. 1058; Bederman, «Interim report on "Lump sum agreements and diplomatic protection"»; Lillich, «The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973»; Lillich et Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*.

[199] Carreau, *Droit international*, p. 462, par. 1118.

[200] Pastor Ridruejo, «La pratique espagnole de la protection diplomatique», p. 112.

[201] *Affaire relative à l'usine de Chorzów (fond)*, arrêt no 13, 1928, *C.P.J.I. série A, no 17*, p. 28: «Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'État subira; il ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'État.» Dubouis a commenté ce *dictum* dans «La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)», p. 624.

et on considère désormais qu'il s'agit d'une règle du droit international coutumier[202]. Le juge Morelli a reconnu l'anomalie de cette situation juridique dans l'affaire *Barcelona Traction*, lorsqu'il a déclaré:

> La réparation, sur le plan international, est due en tout cas à l'État et non pas au particulier; cela même lorsqu'il s'agit d'un dédommagement et bien que le montant doive en être établi sur la base du préjudice subi par le particulier[203].

Si le dommage subi doit être déterminé «sur la base du préjudice subi par le particulier», il semblerait que l'État requérant soit obligé de consulter la personne lésée à ce sujet, ce qui montre que l'État n'a pas une liberté d'action totale lorsqu'il formule une réclamation.

96. Sur ce sujet, la pratique des États est contradictoire. Si, selon la jurisprudence tant internationale que nationale, le national lésé n'a aucun droit aux indemnités reçues par l'État, certains mécanismes nationaux donnent à penser que les États admettent qu'ils sont dans une certaine mesure tenus de verser au national lésé les sommes qu'ils ont reçues à titre d'indemnisation.

97. Dans la *Décision administrative n° V*, la Commission mixte de réclamations États-Unis-Allemagne a confirmé le large pouvoir discrétionnaire dont jouit l'État:

> 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 quand 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**[204].

Les juridictions nationales ont adopté une position similaire[205].

### a) *Royaume-Uni*

Dans l'affaire *Civilian War Claimants Association*[206], les requérants ont demandé à la Couronne une partie des réparations versées par l'Allemagne au Gouvernement du Royaume-Uni en vertu du Traité de Versailles pour des dommages causés durant la Première Guerre mondiale. Il a été jugé que lorsque la Couronne négociait un traité avec un autre chef d'État, il était incompatible avec sa souveraineté qu'elle agisse en qualité de représentant ou d'agent de ses nationaux, à moins qu'elle n'ait expressément déclaré qu'elle agissait à ce titre. Rien dans le traité ne le suggérait. Au contraire, le traité laissait aux gouvernements, dans leurs rapports entre eux-mêmes et avec leurs nationaux, toute latitude pour déterminer comment les fonds devaient être répartis. Cette décision a récemment été affirmée dans l'affaire *Lonrho Exports Ltd v. Export Credits Guarantee Department*[207].

### b) *États-Unis*

En droit américain, «les sommes reçues d'un gouvernement étranger par suite d'un jugement rendu par une juridiction internationale ou d'un règlement appartiennent aux États-Unis[208]» et la répartition des indemnités est laissée à la bonne volonté du Congrès:

> Des arrêts rendus par la Cour suprême des États-Unis semblent avoir établi que les fonds reçus de gouvernements étrangers par suite du règlement de réclamations présentées par des citoyens américains sont des fonds nationaux des États-Unis, qu'aucun auteur de réclamation n'a, en droit strict, de droit sur les fonds perçus et que le Congrès n'a aucune obligation juridique de payer les sommes réclamées sur les produits d'un fonds, même si le Gouvernement a sans aucun doute une obligation *morale** de remettre des fonds aux personnes qui ont subi des pertes[209].

### c) *France*

En France, la protection diplomatique reste un «acte du gouvernement» – dernier bastion d'un domaine échappant au droit – et, par tradition, les procédures d'attribution des indemnités continuent d'échapper au contrôle judiciaire[210].

98. Malgré les observations qui précèdent sur le droit absolu de l'État de répartir comme il l'entend les sommes perçues à titre d'indemnités, il n'est pas rare de lire que dans un tel cas l'État a normalement pour pratique de verser les sommes perçues à l'individu lésé. Geck soutient par exemple que «l'État requérant remet généralement aux individus lésés les sommes versées par l'État

---

[202] Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, p. 98.

[203] *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 223.

[204] *Décision administrative n° V* (voir *supra* la note 62), p. 152.

[205] Voir Jennings et Watts, op. cit., p. 539.

[206] *Civilian War Claimants Association v. The King*, Chambre des lords, *Law Reports* (1932), p. 14. Voir aussi *Rustomjee v. The Queen* (1876) 1 Q.B.D., p. 487.

[207] *All England Law Reports* [1996] 4 All ER, p. 687:

> «3) Lorsque la Couronne fait siennes des réclamations (par exemple de nationaux créanciers d'un État ou de ressortissants étrangers) et exerce sa protection diplomatique (par exemple en négociant un traité prévoyant le paiement à la Couronne d'une somme à répartir entre ses nationaux), en droit international, la Couronne fait valoir son droit propre, en son nom propre, d'exercer ce type de protection au bénéfice de ses nationaux. […]
>
> «4) Sous réserve du point 5 ci-après, lorsqu'elle contracte et exécute les obligations découlant du traité, la Couronne n'agit pas en qualité d'agent ni de représentant de ses nationaux; et quels que soient les termes du traité et (il me semble) la qualification des paiements prévus dans celui-ci, les sommes versées au Royaume-Uni en vertu de ces traités sont reçues par la Couronne en qualité de souveraine et sont la propriété absolue de l'État.
>
> «[…]
>
> «6) Le droit qu'a la Couronne de conserver les sommes qui lui ont été versées n'est pas, en droit anglais, affecté par les termes du traité ou par ce que celui-ci peut prévoir en ce qui concerne leur répartition. Les termes du traité ne peuvent pas non plus affecter ni limiter le caractère souverain de la perception de ces fonds par la Couronne. […] En droit anglais, la Couronne n'est pas tenue, ni en droit ni en équité, de donner effet aux termes du traité; à cet égard, elle a au plus l'obligation morale de le faire. Si elle ne le fait pas, les seuls recours sont le Parlement ou (à l'initiative du gouvernement étranger) les juridictions internationales. […]
>
> «7) La Couronne, lorsqu'elle répartit les sommes qu'elle a perçues en vertu d'un traité, peut déterminer la forme que prendront ces paiements et les attribuer.»

[208] American Law Institute, *Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States*, par. 902, p. 348 et 349.

[209] *Distribution of Aslop Award by the Secretary of State* (1912), opinion de J. Reuben Clark, avocat du Département d'État, cité dans Hackworth, op. cit., p. 766.

[210] Bollecker-Stern, op. cit., p. 108.

défendeur à titre de dommages-intérêts[211]». Le commentaire du projet de convention sur la responsabilité internationale des États en cas de dommages causés à des étrangers, élaboré par la faculté de droit de Harvard, va dans le même sens: «[L]a pratique normale consistant pour l'État requérant à faire tenir au particulier auteur de la réclamation toute réparation qu'il obtient[212] […].» Pour comprendre ces déclarations, il faut examiner les mesures que les États ont prises en vue de limiter leur pouvoir discrétionnaire.

99. Au début des années 1950, certains États ont commencé à instituer un contrôle judiciaire des indemnisations. Les États-Unis, la France et le Royaume-Uni ont mis en place des commissions chargées de répartir les sommes forfaitaires reçues d'États d'Europe de l'Est à titre d'indemnités après la Deuxième Guerre mondiale. Ce phénomène s'explique par le grand nombre des réclamants en concurrence pour obtenir une part des indemnités reçues, qui étaient très inférieures à la valeur totale des biens privés confisqués ou nationalisés. La répartition des indemnités est devenue une tâche particulièrement délicate et il s'est avéré utile de créer des organismes spécialisés à cette fin. Chaque État a conçu un système différent.

a) *États-Unis*

Après la Deuxième Guerre mondiale, plusieurs règlements généraux ont abouti à la création en 1949, en vertu de l'*International Claims Settlement Act* de 1949, de la Commission internationale d'indemnisation chargée de répartir les indemnités forfaitaires reçues en vertu d'accords conclus avec la Yougoslavie puis avec le Panama, et avec d'autres démocraties populaires qui avaient procédé à des nationalisations. La Commission, rebaptisée Foreign Claims Settlement Commission of the United States en 1982, a pour fonctions de répartir les fonds reçus de gouvernements étrangers entre les différents requérants, après avoir examiné chacune des réclamations séparément et décidé de leur validité et du montant dû à chacun des requérants en se fondant sur l'accord en question et en appliquant «les principes applicables du droit international, de la justice et de l'équité[213]». La Commission est un organe quasi judiciaire. Il ne peut être fait appel de ses décisions. Un crédit est ouvert en permanence pour la distribution des sommes reçues par les États-Unis de gouvernements étrangers. Ainsi, bien que ces sommes appartiennent au Gouvernement des États-Unis, le Congrès prend habituellement les dispositions voulues pour qu'elles soient versées aux particuliers concernés, notamment ceux dont les réclamations sont réglées par des décisions de la Commission spéciale d'indemnisation des États-Unis répartissant les sommes forfaitaires perçues à titre d'indemnité[214].

b) *Royaume-Uni*[215]

La British Foreign Compensation Commission a été créée par le *Foreign Compensation Act* de 1950, en vue de répartir les indemnités reçues en vertu d'accords conclus avec la Pologne, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie. La Commission fonctionne comme un tribunal ordinaire, et applique le droit interne. Le droit applicable est défini dans des ordonnances (*Orders in Council*), qui souvent reprennent les termes de l'accord en question. Ses décisions sont sans appel.

c) *France*[216]

En France, le système fonctionne au cas par cas, une commission chargée de distribuer les indemnités étant créée depuis 1951 pour chacun des accords conclus. Une telle commission a encore été créée en 1998 pour s'occuper des créanciers victimes de la débâcle des emprunts russes émis à l'époque tsariste[217]. Il n'y a pas de droit général d'appel. Bien que cela ne soit pas précisé, les commissions ont tendance à appliquer le droit international, conventionnel et coutumier.

100. Il ne faut pas accorder trop d'importance à ces développements, qui concernent des institutions juridiques nationales[218], même si certains auteurs soutiennent qu'elles ont eu une incidence sur le droit international[219].

101. 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 réparties[220]. De plus, en 1994, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé en l'affaire *Beaumartin c. France*[221] qu'un accord international prévoyant des indemnités pouvait créer un droit à indemnisation au profit des personnes lésées.

---

[211] Geck, loc. cit., p. 1057.

[212] García-Amador, Sohn et Baxter, op. cit., p. 151. Dans la *Décision administrative n° V*, le surarbitre de la Commission mixte de réclamations États-Unis-Allemagne, créée conformément à l'accord du 10 août 1922, 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"» [*Décision administrative n° V* (voir *supra* la note 62), p. 152].

[213] *Restatement of the Law Third* (voir *supra* la note 208), p. 228 et 229, par. 713.

[214] Ibid., p. 349, par. 902.

[215] Berlia, «Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique», p. 66 à 68.

[216] Ibid.

[217] Carreau, op. cit., p. 484 et 485, par. 1172.

[218] Ibid., p. 485, par. 1173; opinion de J. Reuben Clark (voir *supra* la note 209), p. 763.

[219] Voir, par exemple, Berlia, loc. cit., p. 70.

[220] Bollecker-Stern, op. cit., p. 109.

[221] Cour européenne des droits de l'homme, *série A: Arrêts et décisions*, vol. 296-B, affaire *Beaumartin c. France*, arrêt du 24 novembre 1994, p. 50. Voir également, pour la jurisprudence de la Cour, Flauss, «Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique», p. 829 et 830.

102. 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, on ne peut guère affirmer qu'il s'agit d'une pratique établie ou qu'une obligation quelconque limite la liberté d'action des États à cet égard. Même si 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, il n'existe pas de règle du droit international coutumier en ce sens.

103. Il est proposé, dans ces circonstances, de demander à la Commission d'envisager sérieusement d'adopter une disposition sur le sujet dans le cadre du développement progressif du droit. Elle n'a en effet guère fait œuvre de développement progressif dans le présent projet d'articles, et un certain nombre d'États ayant présenté des observations ont critiqué ce dernier précisément pour cette raison. L'adoption d'une disposition sur le sujet permettrait de remédier à l'un des aspects les plus injustes de la protection diplomatique. La Commission est saisie de la proposition suivante:

«1. Lorsqu'il quantifie sa réclamation dans l'exercice de sa protection diplomatique, l'État tient compte des conséquences matérielles et morales du préjudice subi par le national au bénéfice duquel il exerce cette protection. [À cette fin, il consulte le national lésé.]»

*Commentaire*: dans une large mesure, cette disposition ne fait que codifier la pratique existante.

«2. Lorsqu'un État reçoit une indemnisation en règlement total ou partiel d'une réclamation relevant de la protection diplomatique, il doit [devrait] remettre la somme reçue au national au nom duquel il a formulé la réclamation [après déduction des frais occasionnés par la formulation de la réclamation].»

*Commentaire*: la Commission préférera peut-être employer «devrait» au lieu de «doit» au paragraphe 2. Elle mettrait ainsi une obligation imparfaite à la charge des États, ce qui ne serait pas nouveau en droit international. Ainsi, l'article 3 de la Convention sur la haute mer disposait: «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.» (L'article 125 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer énonce: «Les États sans littoral *ont** le droit d'accès à la mer et depuis la mer.»)

*Annexe*

# BIBLIOGRAPHIE SUR LA PROTECTION DIPLOMATIQUE (OUVRAGES ET ARTICLES PARUS APRÈS 2000)

## Ouvrages


AMERASINGHE, Chittharanjan Felix

*Local Remedies in International Law*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

FLAUSS, Jean-François (dir. publ.)

*La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

PAULSSON, Jan

*Denial of Justice in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

STOROST, Christian

*Diplomatischer Schutz durch EG und EU?* Berlin, Duncker & Humblot, 2005.

TIBURCIO, Carmen

*The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001.


## Articles


CAFLISCH, Lucius

«La pratique suisse de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 73 à 86.

CONDORELLI, Luigi

«L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 3 à 28.

«La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXVI (2003), p. 5 à 26.

DEEN-RACSMÁNY, Zsuzsanna

«Diplomatic protection and the *LaGrand* case», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), p. 87 à 103.

DOMINICÉ, Christian

«La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des États», *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 729 à 745.

«Regard actuel sur la protection diplomatique», Liber Amicorum *Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2004, p. 73 à 81.

«L'arrêt AVENA et le sort judiciaire des droits individuels», dans Jürgen Bröhmer *et al.* (dir. publ.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress*, Carl Heymanns, 2005, p. 55 à 62.

DUCHESNE, Matthew S.

«The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-State investment disputes», *George Washington International Law Review*, vol. 36, no 4 (2004), p. 783 à 815.

DUGARD, John

«Diplomatic protection and human rights: the draft articles of the International Law Commission», *Australian Year Book of International Law*, Canberra, vol. 24 (2005), p. 75 à 91.

ERASMUS, Gerhard et Lyle DAVIDSON

«Do South Africans have a right to diplomatic protection?», *South African Yearbook of International Law*, vol. 25 (2000), p. 113 à 130.

FERIA TINTA, Monica

«Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *LaGrand* case», *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), p. 363 à 366.

FERRARI BRAVO, Luigi

«La pratique italienne de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 87 à 91.

FLAUSS, Jean-François

«Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme», *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 13 (2003), p. 1 à 37.

«Vers un *aggiornamento* des conditions d'exercice de la protection diplomatique?», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 29 à 62.

«Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique», *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 813 à 838.

«Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique: à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, *Groupement X c. Conseil fédéral* (1re Cour civile)», *Revue générale de droit international public*, vol. CIX (2005), p. 407 à 419.

FORCESE, Craig

«Shelter from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law», *George Washington International Law Review*, vol. 37, no 2 (2005), p. 469 à 500.

GAJA, Giorgio

«Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 63 à 69.

«Is a State specially affected when its nationals' human rights are infringed?», dans Lal Chand Vorah *et al.* (dir. publ.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2003, p. 373 à 382.

HOPKINS, Kevin

«Diplomatic protection and the South African Constitution: does a South African citizen have an enforceable constitutional claim against the government?», *SA Public Law*, vol. 16, nos 1 et 2 (2001), p. 387 à 395.

IOVANE, Massimo

«The activity of the International Law Commission during its 55th session», *Italian Yearbook of International Law*, vol. XIII (2003), p. 171 à 188.

KOOIJMANS, Pieter H.

«Is the right to diplomatic protection a human right?», *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 1975 à 1984.

Künzli, Annemarieke

«Case concerning Mexican nationals», *Leiden Journal of International Law*, vol. 18 (2005), p. 49 à 64.

«Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation, démarches and consular assistance», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 66 (2006), p. 321 à 350.

Malenovsky, Jiri

«La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République tchèque en particulier», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 93 à 107.

Milano, Enrico

«Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXV (2004), p. 85 à 142.

Pastor Ridruejo, José

«La pratique espagnole de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 109 à 113.

Paulsson, Jan

«Continuous nationality in *Loewen*», *Arbitration International*, vol. 20, nº 2 (2004), p. 213 à 215.

Pellet, Alain

«"Human rightism" and international law», *Italian Yearbook of International Law*, vol. X (2000), p. 3 à 16.

Pinto, Mónica

«De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme», *Revue générale de droit international public*, vol. CVI (2002), p. 513 à 547.

Puissochet, Jean-Pierre

«La pratique française de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 115 à 120.

Ress, Georg

«La pratique allemande de la protection diplomatique» dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 121 à 151.

Santulli, Carlo

«Travaux de la Commission du droit international», *Annuaire français de droit international*, vol. XLVI (2000), p. 424 à 427; vol. XLVII (2001), p. 369 à 378; vol. XLVIII (2002), p. 561 à 564; vol. XLIX (2003), p. 442 à 446.

«Entre protection diplomatique et action directe: la représentation. Éléments épars du statut international des sujets internes», *Colloque du Mans. Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, p. 85 à 98.

Schermers, Henry G.

«Exhaustion of domestic remedies», dans Nisuke Ando *et al.* (dir. publ.), Liber Amicorum *Judge Shigeru Oda*, vol. 2, La Haye, Kluwer, 2002, p. 947 à 975.

Spiermann, Ole

«The *LaGrand* case and the individual as a subject of international law», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 58 (2003), p. 197 à 221.

Storost, Christian

«Der Fall Abbasi: Wegbereiter eines gemeineuropäischen Anspruchs auf diplomatischen Schutz?», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 42 (2004), p. 411 à 424.

Warbrick, Colin et Dominic McGoldrick (dir. publ.)

«Current developments: public international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 3e partie (juillet 2002), p. 723 à 733.

Wittich, Stephan

«Direct injury and the incidence of the local remedies rule», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 5 (2000), p. 121 à 187.

Zieck, Marjoleine

«Codification of the law on diplomatic protection: the first eight draft articles», *Leiden Journal of International Law*, vol. 14 (2001), p. 209 à 232.

**DOCUMENT A/CN.4/561 et Add.1 et 2**

# Commentaires et observations reçus des gouvernements

*[Original: anglais/arabe/espagnol/français/russe]*
*[27 janvier, 3 et 12 avril 2006]*

## TABLE DES MATIÈRES


| | Paragraphes | Pages |
|---|---|---|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent document | | 35 |
| Ouvrages cités dans le présent document | | 35 |
| INTRODUCTION | 1-3 | 36 |
| COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS REÇUS DES GOUVERNEMENTS | | 36 |
| *Observations générales* | | 36 |
| Autriche | | 36 |
| Belgique | | 37 |
| El Salvador | | 37 |
| Italie | | 37 |
| Mexique | | 37 |
| Pays-Bas | | 37 |
| Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) | | 38 |
| Panama | | 38 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | | 38 |
| Ouzbékistan | | 38 |
| PREMIÈRE PARTIE DISPOSITIONS GÉNÉRALES | | 38 |
| *Projet d'article 1. Définition et champ d'application* | | 38 |
| Autriche | | 38 |
| Belgique | | 38 |
| Guatemala | | 39 |
| Italie | | 39 |
| Pays-Bas | | 39 |
| Panama | | 39 |
| Ouzbékistan | | 40 |
| *Projet d'article 2. Droit d'exercer la protection diplomatique* | | 40 |
| Autriche | | 40 |
| El Salvador | | 40 |
| Italie | | 40 |
| Pays-Bas | | 40 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | | 40 |
| DEUXIÈME PARTIE NATIONALITÉ | | 41 |
| Maroc | | 41 |
| CHAPITRE I. PRINCIPES GÉNÉRAUX | | 41 |
| *Projet d'article 3. Protection par l'État de la nationalité* | | 41 |
| Autriche | | 41 |
| Pays-Bas | | 41 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | | 41 |

*Pages*


CHAPITRE II. PERSONNES PHYSIQUES ..... 41

*Projet d'article 4. État de la nationalité d'une personne physique* ..... 41
Autriche ..... 41
Belgique ..... 41
El Salvador ..... 41
Qatar ..... 42
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ..... 42
Ouzbékistan ..... 42

*Projet d'article 5. Continuité de la nationalité* ..... 42
Autriche ..... 42
Belgique ..... 42
El Salvador ..... 42
Guatemala ..... 42
Pays-Bas ..... 42
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) ..... 43
Qatar ..... 43
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ..... 43
États-Unis d'Amérique ..... 43
Ouzbékistan ..... 46

*Projet d'article 6. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers* ..... 46
Autriche ..... 46
Belgique ..... 46
El Salvador ..... 46
Guatemala ..... 46
Qatar ..... 46
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ..... 46
Ouzbékistan ..... 46

*Projet d'article 7. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité* ..... 47
Autriche ..... 47
Belgique ..... 47
El Salvador ..... 47
Italie ..... 47
Maroc ..... 47
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) ..... 47
Qatar ..... 47
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ..... 47
Ouzbékistan ..... 48

*Projet d'article 8. Apatrides et réfugiés* ..... 48
Autriche ..... 48
Belgique ..... 48
El Salvador ..... 48
Guatemala ..... 48
Maroc ..... 48
Pays-Bas ..... 48
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) ..... 48
Panama ..... 49
Qatar ..... 49
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ..... 49
États-Unis d'Amérique ..... 49
Ouzbékistan ..... 49

CHAPITRE III. PERSONNES MORALES ..... 49

*Projet d'article 9. État de nationalité d'une société* ..... 49
Autriche ..... 49
El Salvador ..... 50
Guatemala ..... 50
Italie ..... 50
Mexique ..... 51
Maroc ..... 51
Pays-Bas ..... 51

*Pages*

Qatar ... 51
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 51
Ouzbékistan ... 51

*Projet d'article 10. Continuité de la nationalité d'une société* ... 51
Autriche ... 51
Pays-Bas ... 52
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) ... 52
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 52
États-Unis d'Amérique ... 52
Ouzbékistan ... 53

*Projet d'article 11. Protection des actionnaires* ... 53
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) ... 53
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 53

*Alinéa* a ... 53
Autriche ... 53
El Salvador ... 53
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) ... 53
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 53
États-Unis d'Amérique ... 54

*Alinéa* b ... 54
Autriche ... 54
Belgique ... 54
Pays-Bas ... 54
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) ... 54
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 54
États-Unis d'Amérique ... 55
Ouzbékistan ... 55
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 55

*Projet d'article 12. Atteinte directe aux droits des actionnaires* ... 55
États-Unis d'Amérique ... 55

*Projet d'article 13. Autres personnes morales* ... 55
Autriche ... 55
El Salvador ... 55
Guatemala ... 55
Pays-Bas ... 56
Qatar ... 56
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 56

TROISIÈME PARTIE RECOURS INTERNES ... 56

*Projet d'article 14. Épuisement des recours internes* ... 56
Mexique ... 56
Pays-Bas ... 56

*Paragraphe 1* ... 56
Autriche ... 56
États-Unis d'Amérique ... 56
Ouzbékistan ... 57

*Paragraphe 2* ... 57
Autriche ... 57
Mexique ... 57
Ouzbékistan ... 57

*Projet d'article 15. Catégorie de réclamations* ... 58
Autriche ... 58
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 58

*Projet d'article 16. Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes* ... 58
El Salvador ... 58
Mexique ... 58
Ouzbékistan ... 58

*Alinéa* a ... 58
Autriche ... 58

*Pages*

Italie ... 58
Qatar ... 59
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 59
États-Unis d'Amérique ... 59
Ouzbékistan ... 60

*Alinéa* b ... 60
Italie ... 60
Qatar ... 60
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 60

*Alinéa* c ... 60
Autriche ... 60
Italie ... 60
Pays-Bas ... 61
Qatar ... 61
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 61
États-Unis d'Amérique ... 61

*Alinéa* d ... 62
Guatemala ... 62
Maroc ... 62
Qatar ... 62
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 62
Ouzbékistan ... 62

QUATRIÈME PARTIE DISPOSITIONS DIVERSES ... 63
Ouzbékistan ... 63

*Projet d'article 17. Actions ou procédures autres que la protection diplomatique* ... 63
Autriche ... 63
El Salvador ... 63
Italie ... 63
Pays-Bas ... 63
Qatar ... 63
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 64
Ouzbékistan ... 64

*Projet d'article 18. Dispositions conventionnelles spéciales* ... 64
Autriche ... 64
El Salvador ... 64
Maroc ... 64
Qatar ... 64
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 64

*Projet d'article 19. Équipages des navires* ... 64
Autriche ... 64
Belgique ... 64
Mexique ... 64
Pays-Bas ... 65
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) ... 65
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ... 65
États-Unis d'Amérique ... 65

*Autres commentaires et suggestions* ... 66
Pays-Bas ... 66
États-Unis d'Amérique ... 66
Ouzbékistan ... 66

*Commentaires sur la forme définitive* ... 66
Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) ... 66

*Annexe.* Royaume-uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord: règles relatives aux réclamations internationales ... 67

## Instruments multilatéraux cités dans le présent document

| | *Sources* |
|---|---|
| Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930) | Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, nº 4137, p. 89. |
| Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, nº 2545, p. 137. |
| Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967) | Ibid., vol. 606, nº 8791, p. 267. |
| Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), intégrant les modifications apportées par le Traité de Nice du 26 février 2001 | Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, vol. 45, nº C 325 (24 décembre 2002), p. 33. |
| Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, nº 7310, p. 95. |
| Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963) | Ibid., vol. 596, nº 8638, p. 261. |
| Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) | Ibid., vol. 999, nº 14668, p. 171. |
| Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) | Ibid., vol. 1155, nº 18232, p. 331. |
| Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) | Ibid., vol. 1834, nº 31363, p. 3. |
| Traité sur l'Union européenne (Maastricht, 7 février 1992) | Ibid., vol. 1757, nº 30615, p. 3. |

## Ouvrages cités dans le présent document


AMERASINGHE, Chittharanjan Felix

*Local Remedies in International Law*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

AMERICAN LAW INSTITUTE

*Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul (Minn.), American Law Institute, 1987.

BORCHARD, Edwin M.

*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, Banks Law Publishing Co., 1919.

BROWNLIE, Ian

*Principles of Public International Law*, 6e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003.

FELLER, A. H.

*The Mexican Claims Commissions, 1923-1934*: *A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, New York, Macmillan, 1935.

FLETCHER, William Meade

*Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, vol. 16A, West, Thomson, 2003.

GARCÍA-AMADOR, F. V., Louis B. SOHN et R. R. BAXTER

*Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1974.

GROSSFELD, Bernhard

«Management and control of marketable share companies», dans Alfred Conard et Detlev Vagts (dir. publ.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIII: *Business and Private Organizations*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1973.

HACKWORTH, Green Haywood

*Digest of International Law*, vol. V, Washington, Government Printing Office, 1943.

JENNINGS, Sir Robert et Sir Arthur WATTS (dir. publ.)

*Oppenheim's International Law*, 9e éd., vol. I: *Peace*, Harlow, Longman, 1992.

JONES, Mervyn

«Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies», *The British Year Book of International Law*, 1949, vol. 26.

LA PRADELLE, A. (DE) et Jacques POLITIS

*Recueil des arbitrages internationaux*, t. III, Paris, Les éditions internationales, 1954.

MOORE, John Bassett

*History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. II, Washington, Government Printing Office, 1898.

*A Digest of International Law*, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906.

NIELSEN, Fred K.

*American and British Claims Arbitration: Under the Special Agreement Concluded Between the United States and Great Britain (18 August 1910)*, Washington, Government Printing Office, 1926.

RALSTON, Jackson H.

*The Law and Procedure of International Tribunals*, éd. rev., Palo Alto, Stanford University Press, 1926.

SCHWARZENBERGER, Georg

*International Law*, vol. I: *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, 2e éd., Londres, Stevens, 1949.

SINCLAIR, I. M.

«Nationality of claims: British practice», *The British Year Book of International Law*, 1950, vol. 27.

WHITEMAN, Marjorie M.

*Digest of International Law*, vol. 8, Washington, Government Printing Office, 1967.

## Introduction

1. La Commission du droit international a achevé, à sa cinquante-sixième session, tenue en 2004, la première lecture d'une série de 19 projets d'article relatifs à la protection diplomatique[1]. La Commission a ensuite décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de communiquer les projets d'article, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour les inviter à présenter leurs commentaires et observations au Secrétaire général au plus tard le 1er janvier 2006. Dans une note en date du 19 octobre 2004, le Secrétariat a invité les gouvernements à présenter leurs observations écrites au plus tard le 1er janvier 2006.

2. Le 2 décembre 2004, l'Assemblée générale a adopté la résolution 59/41, intitulée «Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-sixième session», dans laquelle elle appelait notamment l'attention des gouvernements sur l'importance, pour la Commission, de connaître leurs vues en particulier sur le projet d'articles et les commentaires relatifs à la protection diplomatique. L'Assemblée a de nouveau appelé l'attention des gouvernements sur cette question dans sa résolution 60/22 du 23 novembre 2005.

3. Au 12 avril 2006, des observations écrites avaient été reçues des 14 États suivants: Autriche, Belgique, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Guatemala, Italie, Maroc, Mexique, Norvège (au nom des pays nordiques, Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), Ouzbékistan, Panama, Pays-Bas, Qatar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Ces commentaires sont reproduits ci-après, article par article, selon l'ordre alphabétique anglais.

[1] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 18, par. 59. Les commentaires relatifs aux articles sont reproduits au paragraphe 60, p. 20 et suiv.

## Commentaires et observations reçus des gouvernements

*Observations générales*

### Autriche

1. Le droit de la protection diplomatique est sans aucun doute un sujet classique du droit international qui se prête à la codification. Il réunit en effet toutes les conditions déterminantes pour pouvoir mener des travaux utiles à cette fin. On peut bien entendu se demander dans quelle mesure ce régime juridique continue de jouer un rôle important en droit international étant donné l'émergence du système des droits de l'homme. Cependant, ainsi que le révèle la pratique mise en lumière encore récemment dans des affaires portées devant la Cour internationale de Justice, cette question demeure d'une grande importance pour la protection des personnes.

2. L'Autriche se félicite de ce que la Commission ait ramené les projets d'article aux règles de base et ait axé son attention sur les normes secondaires relatives à la protection diplomatique; toute autre démarche, tendant par exemple à définir les violations du droit positif, se serait heurtée à des difficultés insurmontables. En conséquence, l'Autriche est favorable à l'exclusion de tout projet d'article relatif au déni de justice, qui relève des règles primaires de droit. L'obligation d'épuiser les recours internes doit être distinguée de l'obligation qui incombe à l'État de donner accès à ses tribunaux. De même, l'Autriche approuve la décision de la Commission de ne traiter dans le projet d'articles ni la question de la clause Calvo ni le principe des mains propres, ni l'un ni l'autre ne recueillant apparemment l'assentiment général.

3. La Commission semble avoir concentré son attention sur un seul aspect de la protection diplomatique, à savoir le droit d'un État de présenter certaines réclamations dans l'intérêt de ses nationaux. Ce droit a toutefois pour contrepartie l'obligation correspondante des autres États d'accepter de telles réclamations de la part d'un État. Le régime juridique relatif à la protection diplomatique prévoit en outre les conditions à remplir pour qu'un État soit dans l'obligation d'accepter pareille intervention d'un autre État. Un tel point de vue éclaire, à n'en pas douter, ce régime juridique d'un jour nouveau et en révèle des aspects différents, qui ne sont pas suffisamment pris en compte dans le texte de la Commission.

4. Par ailleurs, on peut se demander si d'autres questions auraient dû être également incluses dans ce sujet, par exemple le droit des organisations internationales d'exercer la protection diplomatique, compte tenu en particulier du projet d'article sur le droit correspondant de l'État du pavillon d'un navire. À l'origine, l'Autriche était favorable à un tel élargissement du sujet. Cependant, les organisations internationales continuent de poser des problèmes très importants en raison de leur structure juridique, ainsi qu'on peut le voir dans le cadre de la responsabilité des organisations internationales. C'est pourquoi il semble préférable de mettre exclusivement l'accent sur les États si l'on veut établir un régime juridique applicable. Il ne faudrait cependant pas pour autant interpréter cette restriction comme un refus de reconnaître la nécessité d'examiner au moment opportun le problème des organisations internationales, qui jouent un rôle croissant dans les relations internationales jusqu'en ce qui concerne la protection des personnes.

5. Une autre question qui mérite un examen attentif est le problème de la relation entre la personne dont les droits sont protégés et l'État qui exerce le droit à la protection diplomatique. Il serait également possible d'examiner le problème du résultat de l'exercice de la protection diplomatique et de l'accès de l'intéressé à ce résultat. D'une part, on pourrait bien entendu soutenir qu'il s'agit là d'une question qui concerne la relation entre l'État et ses nationaux; d'autre part, cependant, il faut s'assurer que la personne lésée pour le compte de laquelle la réclamation a été présentée bénéficie de l'exercice de la protection diplomatique.

### Belgique

La Belgique souhaite préciser qu'elle considère que le mécanisme de la protection diplomatique, au sujet duquel la Commission a adopté en première lecture un projet d'articles très utile, vient s'ajouter à d'autres mécanismes de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, issus du droit international conventionnel et coutumier, dont plusieurs prévoient le droit de tout État d'intervenir à l'égard de toute personne (y compris un non-national) en cas de violation de ses droits.

### El Salvador

1. El Salvador estime qu'une distinction nette doit être établie entre le champ d'application de la protection diplomatique envisagée dans le projet d'articles et la protection visée dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Autrement, étant donné que la Commission a entrepris de codifier et de développer progressivement le droit international dans ce domaine, il est nécessaire de prendre dûment en considération les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, en particulier les dispositions de l'article 36 de cette dernière, qui traite de la protection consulaire qui doit être accordée aux nationaux détenus dans un autre État et leur garantit, en outre, le droit à une procédure régulière. Cette disposition est d'une telle importance que des organes tant interaméricains, comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans son avis consultatif OC-16/99[2], qu'universels, comme la Cour internationale de Justice, dans son arrêt en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*[3], se sont prononcés sur la question.

2. Si El Salvador a évoqué les points qui précèdent, c'est que selon la définition de la protection diplomatique qui est proposée dans le projet d'article 1, ladite protection ne peut être exercée par un État que lorsqu'il prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux et exerce la protection diplomatique conformément audit projet d'articles, ce qui pourrait être interprété comme signifiant que certaines fonctions consulaires prévues par la Convention de Vienne sur les relations consulaires seraient exclues, car il existe des situations dans lesquelles l'État ne prend pas fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux.

3. Compte tenu de ces éléments, il est important de ne pas perdre de vue qu'au niveau international le concept de protection diplomatique doit être distingué d'autres concepts de droit international concernant la protection des personnes, particulièrement dans le domaine des droits de l'homme, qui impose des obligations précises aux États, à savoir le *jus cogens* et les obligations *erga omnes*.

### Italie

L'Italie félicite la Commission de ses travaux et souscrit à l'approche qu'elle a adoptée pour la formulation du projet d'articles.

### Mexique

1. Ainsi que le Mexique a déjà eu l'occasion de le signaler, la protection diplomatique constitue une préoccupation essentielle de la politique étrangère du Mexique, dans laquelle elle occupe un rang élevé de priorité. En conséquence, le Mexique a suivi avec beaucoup d'intérêt l'élaboration du projet d'articles par la Commission. Bien que de façon générale il juge le projet acceptable, le Mexique souhaite relever plusieurs points concernant les projets d'articles 9, 14, 16 et 19 (voir *infra*).

2. Le Mexique souhaite réitérer ses observations à propos de la doctrine des mains propres dans le cadre du projet d'articles sur la protection diplomatique. Ainsi que la Commission le précise dans le projet d'article 1, la protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

3. Dans ce cadre, le Mexique estime que si une personne se rend ou est présumée coupable d'une conduite répréhensible à l'étranger, son État de nationalité peut, en raison de cette circonstance malheureuse, décider de ne pas avoir recours à l'exercice de la protection diplomatique. Néanmoins, cela ne saurait signifier que l'exercice de la protection diplomatique par un État exige absolument qu'il ait «les mains propres». C'est pourquoi le Mexique se félicite que la Commission ait décidé de retirer cette question du projet d'articles.

### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas souscrivent de façon générale au projet d'articles et félicitent la Commission de ses travaux à ce jour.

2. Les Pays-Bas notent que, dans son premier rapport, le Rapporteur spécial de la Commission, M. John Dugard, avait déjà inclus la protection diplomatique dans le contexte de la protection des droits de l'homme, lorsqu'il écrivait que «la protection diplomatique demeure une arme de choix pour la défense des droits de l'homme[4]». Dans son cinquième rapport, le Rapporteur spécial a aussi écrit que «les règles du droit international coutumier sur la protection diplomatique qui s'étaient constituées au fil des siècles et les principes plus récents régissant la protection des droits de l'homme se complétaient et, en dernière analyse, avaient le même objet – la protection des droits de l'homme[5]». Les Pays-Bas souscrivent entièrement à cette position exprimée par le Rapporteur spécial.

3. Dans cette perspective, les Pays-Bas regrettent que la complémentarité de la protection diplomatique n'ait pas fait l'objet d'un développement complet dans le projet d'articles ou dans le commentaire. La formulation de certains des projets d'article correspond à l'état actuel de la protection des droits de l'homme et du développement du droit

[2] Cour interaméricaine des droits de l'homme, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, avis consultatif OC-16/99, série A, n° 16.

[3] *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 38, par. 45 à 47.

[4] *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/506 et Add.1, p. 230, par. 32.

[5] *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/538, p. 57, par. 37.

international à d'autres égards. Les Pays-Bas estiment que, dans sa forme actuelle, le projet d'articles n'offre pas suffisamment d'éléments ni de latitude pour le développement progressif du droit. Plusieurs des propositions rédactionnelles présentées par les Pays-Bas pour les projets d'article, par exemple le projet d'article 3, trouvent leur origine dans les considérations générales qui viennent d'être exposées.

4. Les Pays-Bas espèrent que les délibérations ultérieures amèneront la Commission à accorder une attention plus marquée à la situation de la personne.

5. Les Pays-Bas souscrivent aux conclusions du Rapporteur spécial en ce qui concerne la doctrine des mains propres.

### Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

1. L'ensemble du projet d'articles satisfait de façon générale les pays nordiques.

2. Les pays nordiques approuvent la démarche retenue en se fondant sur le postulat principal que les États ont le droit, et non le devoir, d'exercer la protection diplomatique. De plus, ils soulignent que les principes et les règles relatifs à la protection diplomatique sont sans préjudice du droit relatif à la protection consulaire et des autres règles applicables du droit international, y compris celles qui concernent le droit de la mer.

3. En outre, les pays nordiques prennent note du point de vue de la majorité des membres de la Commission concernant la doctrine des mains propres et pensent avec eux que cette doctrine ne devrait pas figurer dans le projet d'articles.

### Panama

1. Le Panama estime que le projet d'articles embrasse toutes les questions qui ont été traditionnellement traitées dans le cadre de la protection diplomatique, conçue comme un mécanisme de réparation du préjudice causé au national d'un État. Le projet d'articles traite de façon détaillée des règles régissant la nationalité des réclamations et l'épuisement des recours internes.

2. Aussi le Panama approuve-t-il le choix qui a été fait, dans le projet, de codifier les règles coutumières relatives aux conditions d'exercice de la protection diplomatique comprises dans leur sens le plus traditionnel et le plus classique. Ce choix explique clairement que n'y figurent pas la protection fonctionnelle et d'autres types de protection, qui rentrent dans le cadre d'autres règles, institutions et procédures.

3. Le Panama pense comme la Commission que les dispositions générales du projet d'articles doivent maintenir la distinction entre règles primaires et règles secondaires, ces dernières régissant les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique peut s'exercer et les conditions préalables à cet exercice. Le but n'étant donc pas, dans ce projet, de traiter la question des effets de la protection diplomatique, l'application des règles relatives à la réparation n'a pas à y figurer.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

1. Le Royaume-Uni réitère son appui aux travaux sur la protection diplomatique menés par la Commission. La pratique des États est abondante et bien établie en ce qui concerne la plus grande partie de la matière faisant l'objet du projet d'articles.

2. Le Royaume-Uni souscrit à la décision de la Commission de ne pas examiner la protection fonctionnelle exercée par les organisations internationales dans le cadre de l'étude de la protection diplomatique. Le projet d'articles doit s'entendre sans préjudice des droits que peut avoir un État d'exercer sa protection consulaire au bénéfice de ses nationaux à l'étranger, et, pour le Royaume-Uni, il conviendrait de le préciser soit dans le projet d'articles, soit dans le commentaire.

### Ouzbékistan

1. L'Ouzbékistan voit dans le projet d'articles sur la protection diplomatique une légalisation de la pratique établie de longue date et assez répandue du «lobbying politique» en faveur de biens et d'autres intérêts placés sous juridiction étrangère. Le projet d'articles est fondé sur le principe selon lequel les recours internes doivent d'abord être épuisés pour qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique. À cet égard, l'Ouzbékistan considère que le projet d'articles sur la protection diplomatique constitue un moyen d'harmoniser les diverses pratiques existantes.

2. Il est indispensable de définir clairement dans le projet d'articles les droits, obligations et responsabilités des États parties en ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique à raison du préjudice causé par le fait illicite d'un autre État.

## Première partie

## DISPOSITIONS GÉNÉRALES

*Projet d'article 1. Définition et champ d'application*

### Autriche

La teneur générale du projet d'article 1 est acceptable. Cependant, même si l'expression «action diplomatique» ne semble pas avoir de sens généralement accepté, il est nécessaire de préciser que certains actes, comme les mesures de protection prises par les consulats, n'entrent pas dans son acception.

### Belgique

L'article 1 définit la protection diplomatique comme l'action de l'État prenant fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité «à

raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État». Il s'agit d'une conception très large de la protection diplomatique. La Belgique propose de rédiger la fin de cette phrase comme suit: «[…] à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État dont il met ainsi formellement en cause la responsabilité internationale.» Cette précision permet aux États de recourir à des démarches informelles sans qu'elles s'inscrivent dans le cadre strict de la protection diplomatique.

### Guatemala

S'agissant du paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 1, il ne fait pas de doute que les règles relatives à la protection diplomatique ne sont pas d'application lorsque l'État sur le territoire duquel un agent diplomatique ou consulaire exerce ses fonctions ne respecte pas les obligations qui sont les siennes à l'égard de ces personnes aux termes des articles pertinents de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. C'est ce que confirme la dernière phrase du paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 15. Selon le Guatemala, cependant, la protection diplomatique devrait s'appliquer aux préjudices causés par un État à ces personnes en dehors de l'exercice de leurs fonctions et de l'application des projets d'article susmentionnés. Le Guatemala est d'avis que la protection diplomatique devrait, par exemple, être applicable aux cas d'expropriation sans indemnisation de biens qui sont la propriété personnelle d'un agent diplomatique dans le pays où il est accrédité.

### Italie

1. L'Italie estime que la définition du concept de «protection diplomatique» et de son champ d'application qui est donnée dans le projet d'article 1 est trop traditionnelle, en particulier lorsqu'elle parle d'un État «qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité». Ce libellé implique non seulement que le droit de protection diplomatique appartient uniquement à l'État qui exerce une telle protection, mais aussi que le droit qui a été violé par le fait internationalement illicite appartient uniquement à ce même État. Or, cette conception n'a plus cours dans le droit international actuel. La Cour internationale de Justice, dans l'affaire *LaGrand*[6] et dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*[7], a établi que la violation de normes internationales concernant le traitement des étrangers pouvait entraîner à la fois la violation d'un droit de l'État de nationalité et la violation d'un droit de l'individu. La même conclusion a été tirée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif OC-16/99[8].

2. L'Italie suggère donc de modifier le projet d'article premier de façon à codifier plus clairement le droit international actuel. La nouvelle rédaction (qui est inspirée de l'affaire *Avena*, par. 40) pourrait être la suivante:

«La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui soutient que ses propres droits et les droits de son national ont été violés à raison du préjudice causé à ce national par le fait internationalement illicite d'un autre État.»

Il convient de noter que cette rédaction ne touche pas au concept de base selon lequel le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État.

### Pays-Bas

1. Le projet d'article exclut l'assistance consulaire. Cette exception devrait peut-être être indiquée de façon explicite dans le commentaire.

2. Le projet d'articles établit une distinction entre «action diplomatique» et «autres moyens de règlement pacifique». Il n'est pas toujours facile de déterminer si un projet d'article se rapporte à l'un ou l'autre de ces termes, ou aux deux. Les Pays-Bas suggèrent d'indiquer dans le commentaire que plusieurs projets d'article ne concernent que les «autres moyens de règlement pacifique».

3. Selon le paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article 1, un «fait illicite» doit s'être produit pour qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique. Il pourrait être dit dans le commentaire qu'en dehors du cadre du projet d'articles, un État a bien entendu à sa disposition de nombreuses possibilités de prendre les mesures voulues pour protéger ses ressortissants avant la survenance effective d'un «fait illicite».

4. Les Pays-Bas estiment que l'expression «l'une des personnes ayant sa nationalité» est trop restrictive, le champ d'application des projets d'article étant élargi dans la suite du texte. En conséquence, il faudrait ajouter dans le commentaire une phrase précisant que le projet d'article 1 n'a pas pour objet d'exclure le projet d'article 8.

### Panama

S'agissant du détenteur du droit d'exercer la protection diplomatique et de la possibilité de cet exercice, il importe, de l'avis du Panama, de préciser que ce droit est celui de l'État et que, en conséquence, l'intérêt juridique de l'État dans l'exercice de la protection diplomatique prend son origine dans le lien de nationalité qui existe entre cet État et la personne qui a subi un préjudice à raison du fait illicite d'un autre État. C'est pourquoi le Panama estime approprié d'insérer dans le projet d'article 1 une disposition décrivant les mesures légitimes et pacifiques qui peuvent être adoptées par l'État qui exerce la protection diplomatique et de maintenir la distinction qui est établie dans cette disposition entre les deux procédures, c'est-à-dire l'action diplomatique et les autres moyens de règlement pacifique.

---

[6] *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 2001*, p. 494, par. 77.

[7] *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 35, par. 40.

[8] Cour interaméricaine des droits de l'homme, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, avis consultatif OC-16/99, série A, n° 16, par. 80 à 84.

### Ouzbékistan

L'expression «nationalité d'une personne morale», utilisée dans le projet d'article 1 [du texte russe], est inacceptable, parce que la nationalité est l'attribut de personnes physiques et non morales. Les nations sont une forme de communauté de personnes ayant en commun une langue, un caractère national et une culture spécifique, forme qui s'est développée au cours de l'histoire. Il convient donc de remplacer l'expression «nationalité d'une personne morale» par les mots «État d'origine d'une personne morale», pour désigner l'État dans lequel cette personne morale est établie.

*Projet d'article 2. Droit d'exercer la protection diplomatique*

### Autriche

Bien que la structure de la protection diplomatique en tant que droit de l'État ait toujours fait l'objet de discussions – l'idée que l'État subisse un préjudice à travers ses nationaux relevant en effet de la fiction –, le projet d'article 2 ne soulève aucune préoccupation importante. Il reflète une pratique établie de longue date.

### El Salvador

(*Voir «Observations générales»* supra.)

### Italie

1. L'Italie estime que la règle est que l'exercice de la protection diplomatique est un droit qui appartient uniquement à l'État et que le droit international ne prévoit ni un droit en faveur de l'individu lésé à obtenir la protection diplomatique de l'État de nationalité ni une obligation correspondante à la charge de cet État. Il conviendrait, toutefois, de faire exception à cette règle dans certaines circonstances particulières et très limitées, dans la perspective du développement progressif du droit international, lorsque la protection de valeurs fondamentales touchant à la dignité de l'être humain et reconnues par l'ensemble de la communauté internationale est en jeu.

2. Le Rapporteur spécial, M. John Dugard, suivant l'approche susmentionnée, a prévu une exception analogue dans les cas de violation de normes de *jus cogens*. Pour sa part, l'Italie estime qu'une exception plus précise et plus restreinte devrait être incluse dans le projet d'article 2 dans les conditions suivantes: *a*) en cas de violations graves des droits fondamentaux de l'homme et, plus précisément, du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et de traitements ou châtiments inhumains ou dégradants, de l'interdiction de l'esclavage et de l'interdiction de la discrimination raciale; et *b*) si, en plus, après ces violations, il est impossible à la victime d'avoir accès à un organe international juridictionnel ou quasi juridictionnel pour obtenir réparation. Lorsque ces deux conditions sont réunies, l'État de nationalité devrait être tenu d'exercer la protection diplomatique en faveur de l'individu lésé et, subsidiairement, d'offrir à cet individu un recours interne effectif s'il refuse d'exercer la protection diplomatique.

3. Dans les circonstances exceptionnelles susmentionnées, le fait que certaines règles primaires internationales concernant les droits de l'homme (qui indubitablement revêtent le caractère de *jus cogens*) confèrent aussi des droits individuels et le fait que leur violation (qui engage très sérieusement la responsabilité de l'État) s'accompagne d'une violation des droits individuels ne peuvent qu'avoir un impact sur les règles secondaires concernant la protection diplomatique en colorant la relation entre l'État de nationalité et l'individu lésé. Il convient aussi de considérer que, dans ces circonstances exceptionnelles, la protection diplomatique est le seul recours dont dispose l'individu, si bien qu'un refus par l'État de nationalité d'exercer celle-ci porterait atteinte aux principes fondamentaux concernant la dignité de l'être humain que toute la communauté internationale entend fermement protéger.

4. L'Italie suggère donc d'ajouter à l'article 2 deux paragraphes qui pourraient être ainsi rédigés:

«2. Nonobstant le paragraphe 1, un État est juridiquement tenu d'exercer la protection diplomatique en faveur de la personne lésée, à la demande de celle-ci:

«*a*) si le préjudice résulte d'une violation grave, imputable à un autre État, d'une obligation internationale d'importance capitale pour sauvegarder l'intégrité de l'être humain, telle que la protection du droit à la vie, l'interdiction de la torture ou de traitements ou châtiments inhumains ou dégradants, et l'interdiction de l'esclavage et de la discrimination raciale; et

«*b*) si la personne lésée n'a pas la possibilité de saisir une juridiction ou une autorité quasi juridictionnelle internationale compétente.

«3. Dans les cas visés au paragraphe 2, les États sont tenus de prévoir dans leur droit interne une procédure devant une juridiction nationale compétente ou une autre autorité nationale indépendante aux fins de faire respecter le droit individuel à la protection diplomatique.»

### Pays-Bas

Le paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 2 se lit comme suit: «Le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique ne peut être mis en œuvre que dans le cadre des paramètres définis dans les présents articles.» La nature exacte des paramètres n'est pas précisée. De l'avis des Pays-Bas, compte tenu du libellé du projet d'article 2, le paragraphe 3 doit être soit précisé, soit supprimé.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni se félicite que la Commission voie dans la protection diplomatique un droit de l'État que celui-ci n'est pas tenu d'exercer. Il pense lui aussi que chaque État conserve le pouvoir discrétionnaire, sans préjudice de son droit interne, d'exercer ou non ce droit et de décider comment l'exercer. L'absence d'obligation en la matière est également indiquée dans les commentaires des articles 2, 3 et 8.

DEUXIÈME PARTIE

# NATIONALITÉ

### Maroc

S'agissant des articles traitant de la question des nationalités, il serait indiqué que la Commission tienne compte de la pratique des États en la matière lors de la rédaction de ces articles en seconde lecture.

## CHAPITRE I. PRINCIPES GÉNÉRAUX

*Projet d'article 3. Protection par l'État de la nationalité*

### Autriche

Le projet d'article 3, qui pose comme règle de base qu'il doit exister un lien de nationalité entre la personne lésée et l'État qui exerce sa protection diplomatique, correspond à un principe fondamental et ne soulève aucun problème majeur.

### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas proposent de remanier le paragraphe 1 comme suit: «L'État de la nationalité est l'État en droit d'exercer la protection diplomatique.» Ce libellé met davantage l'accent sur le point de vue de la personne.

2. De plus, il est important de voir le projet d'article 3 dans la perspective de la citoyenneté européenne (c'est-à-dire de l'Union européenne). Rien n'exige pour le moment d'être plus précis sur ce point, mais on ne peut prévoir l'évolution de la situation.

(*Voir également «Observations générales»* supra.)

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le projet d'article 3 codifie la règle de droit international coutumier selon laquelle l'État habilité à exercer sa protection diplomatique est l'État de nationalité de la personne lésée. Cependant, le Royaume-Uni n'estime pas, quant à lui, que l'exception à cette règle, prévue au paragraphe 2 de l'article 3 et examinée plus avant en relation avec l'article 8, reflète le droit international coutumier.

(*Voir également* supra *les commentaires relatifs au projet d'article 2*.)

## CHAPITRE II. PERSONNES PHYSIQUES

*Projet d'article 4. État de la nationalité d'une personne physique*

### Autriche

1. Le projet d'article 4 doit être interprété *cum grano salis*, puisque la nationalité ne s'acquiert pas par succession d'États mais par suite de la succession d'États. En règle générale, la nationalité s'acquiert conformément aux lois en vigueur dans un État. Ces lois peuvent établir comme critère déterminant pour l'acquisition de la nationalité l'un des faits énumérés dans le projet d'article. Dans le cas de la succession d'États, des critères différents pourraient être appliqués pour accorder la nationalité, ainsi que le montrent les travaux de la Commission sur ce sujet. Il est donc proposé de remanier le projet d'article 4 en conséquence.

2. Dans ce cadre, l'Autriche souhaite signaler un problème qui ne semble pas être pris en compte dans le projet d'articles. Depuis une époque récente, les États délèguent parfois leur droit d'exercer la protection diplomatique et consulaire à d'autres États. Le meilleur exemple de cette pratique est l'article 8 *c* du Traité sur l'Union européenne[9], en vertu duquel un État membre de l'Union européenne autre que l'État de la nationalité peut exercer cette protection si l'État de la nationalité n'est pas représenté dans l'État de résidence. On peut évidemment faire valoir qu'il ne s'agit pas là de véritable protection diplomatique; un tel cas, cependant, entre certainement dans le champ de la définition du projet d'article 1, tel qu'il est actuellement libellé. Il faut donc soit préciser que ce type de protection n'est pas visé par le projet d'articles, soit y traiter ce problème. À l'heure actuelle, le projet d'articles ne donne aucune indication claire à cet égard.

### Belgique

La Belgique constate que le projet d'articles ne requiert pas l'effectivité de la nationalité du ou des États réclamants, sauf à exiger, à l'article 7, la prépondérance de la nationalité de l'État réclamant sur l'État mis en cause, en cas de réclamation à l'encontre d'un État de nationalité. La Belgique note l'avancée que cela constitue notamment par rapport à l'arrêt *Nottebohm*[10], mais elle craint une augmentation du nationality shopping. Afin de réduire ce risque au minimum, le commentaire pourrait rappeler le droit de l'État mis en cause de contester le recours à la protection diplomatique lorsque la nationalité de la personne n'est traduite par aucun lien réel, étant entendu que la charge de la preuve incombe à cet État.

(*Voir également* infra *les commentaires relatifs au projet d'article 7*.)

### El Salvador

Les principes relatifs à la nationalité consacrés par la doctrine en droit international privé doivent être pris en compte, car il faut établir les rapports existant entre ces principes et les conflits tant positifs que négatifs de nationalité qui découlent de la double ou multiple nationalité ou de la situation des apatrides. Selon El Salvador, le projet d'article 4 devrait donc établir une distinction entre la nationalité conférée par la naissance, que ce soit en vertu du *jus soli* ou du *jus sanguini*, et la nationalité acquise, c'est-à-dire la naturalisation.

---

[9] Ultérieurement inclus comme article 20 dans la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne.

[10] *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.

### Qatar

Ce projet d'article est non seulement clair, mais extrêmement explicite, car il affirme le droit absolu de chaque État de désigner dans son droit interne les personnes physiques pouvant acquérir sa nationalité, ce qui est compatible avec le droit international, selon lequel «[i]l appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux[11]».

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le projet d'article 4 expose les bases généralement acceptées en droit international pour l'octroi de la nationalité. Le Royaume-Uni approuve le principe implicite à l'article 4 selon lequel c'est au premier chef à l'État de nationalité qu'il appartient de déterminer quels individus il considère comme ses nationaux conformément à son droit interne. Les règles du Royaume-Uni relatives aux réclamations internationales (voir l'annexe au présent document) exigent que la partie lésée soit un national du Royaume-Uni pour que celui-ci puisse présenter une réclamation en son nom. Toutefois, ces règles n'exigent pas «un lien effectif» supplémentaire entre le réclamant et l'État de nationalité. Le Royaume-Uni souscrit à la conclusion de la Commission selon laquelle, dans l'affaire *Nottebohm*[12], la Cour internationale de Justice n'a pas voulu établir une règle d'application générale et il n'est pas facile d'appliquer la condition de lien effectif dans d'autres situations.

### Ouzbékistan

Le projet d'article 4 indique les différentes manières par lesquelles la nationalité peut être acquise et stipule que cette acquisition doit être conforme au droit international. Il semble nécessaire de signaler que les procédures relatives à l'acquisition de la nationalité relèvent du droit interne et non du droit international, et que la manière dont la nationalité est acquise doit donc être conforme au droit interne de l'État. Ces commentaires se rapportent au paragraphe 2 du projet d'article 5.

*Projet d'article 5. Continuité de la nationalité*

### Autriche

L'Autriche approuve pour l'essentiel le contenu du projet d'article 5. Cependant, il faut songer qu'il peut parfois être difficile d'établir que la nationalité a été acquise d'une manière non contraire au droit international. Le libellé de ce projet d'article présente une certaine incohérence par rapport à la définition figurant au projet d'article 1: alors que le projet d'article 5 parle de «formulation de la réclamation», ce qui évoque une procédure plutôt formelle ou même judiciaire, le projet d'article 1 donne à la protection diplomatique un sens plus large, recouvrant d'autres actes que la simple formulation d'une réclamation. Une harmonisation serait utile.

### Belgique

1. En ce qui concerne le paragraphe 1 et, plus précisément, la question laissée ouverte de savoir si la nationalité doit être conservée entre la survenance du préjudice et la présentation de la réclamation, la Belgique considère que la discontinuité de la nationalité est sans incidence sur le droit d'agir en protection diplomatique, pour autant que la nationalité ait existé au moment du préjudice et qu'elle existe (à nouveau) au moment de la réclamation.

2. Par ailleurs, la Belgique regrette que la question des rapports entre la succession d'États et la protection diplomatique ne soit pas abordée, ne fût-ce que dans le commentaire relatif aux articles 5 et 7. Deux situations devraient être envisagées:

*a*) celle où l'État prédécesseur désire exercer la protection diplomatique pour un de ses nationaux ayant acquis, involontairement, la nationalité de l'État successeur sans avoir perdu celle de l'État prédécesseur, à condition que la nationalité de l'État prédécesseur soit prépondérante;

*b*) celle où l'État successeur désire exercer la protection diplomatique pour un de ses nationaux ayant gardé, involontairement, la nationalité de l'État prédécesseur, à condition que la nationalité de l'État successeur soit prépondérante.

### El Salvador

Bien que le projet d'article 5 établisse comme règle fondamentale la continuité de la nationalité, le paragraphe 2 préoccupe quelque peu El Salvador. Il estime que le changement de nationalité devrait être traité en des termes plus précis afin de ne pas s'écarter de la règle fondamentale du paragraphe 1.

### Guatemala

(*Voir infra les commentaires relatifs au projet d'article 8.*)

### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas approuvent les dispositions proposées dans ce projet d'article parce qu'elles tendent à protéger la personne. Ils se sont demandé si la décision du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans l'affaire *Loewen* constituait une raison de modifier le projet d'article 5. Au paragraphe 225 de sa décision, le tribunal s'est prononcé comme suit:

> Le réclamant TLGI [The Loewen Group Inc.] souligne que dans la mesure où il avait la nationalité requise au moment des faits qui sont à l'origine de la réclamation, et avant que celle-ci ne soit présentée, il n'importe guère que la partie actuellement en cause – le bénéficiaire de la réclamation – soit un citoyen américain. Eu égard aux précédents internationaux, tant anciens que récents, cet argument doit être rejeté. Selon le droit international, la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation, désignée par l'expression *dies a quo*, jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation, désignée comme *dies ad quem*[13].

[11] Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, art. 1.

[12] Voir *supra* la note 10.

[13] *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, nº ARB (AF)/98/3, *ICSID Reports*, vol. 7 (Cambridge, Grotius, 2005), p. 485. Voir aussi *Journal du droit international*, vol. 131 (2004), p. 219.

2. Les Pays-Bas estiment toutefois qu'on ne peut affirmer que l'affaire *Loewen* reflète véritablement l'état actuel du droit. De plus, l'application de cette règle aurait des conséquences indésirables dans les situations où un pays tiers est concerné. Imaginons par exemple que le Luxembourg engage contre un ressortissant néerlandais une action causant un préjudice à celui-ci, que les Pays-Bas décident alors d'exercer leur protection diplomatique, mais qu'avant que le tribunal saisi de l'affaire ne puisse se prononcer cette personne perde sa nationalité néerlandaise et acquière la nationalité allemande. L'application du critère tiré de l'affaire *Loewen* aurait pour effet que ni les Pays-Bas ni l'Allemagne ne pourraient exercer «pleinement» leur protection diplomatique.

3. Il serait préférable de remplacer, dans la version anglaise, dans le membre de phrase *Diplomatic protection shall not be exercised*, le verbe *shall* par le verbe *may*, qui rend mieux compte du pouvoir discrétionnaire des États en matière d'exercice de la protection diplomatique. C'est d'ailleurs le verbe employé dans les projets d'articles 7 et 14. Par ailleurs, on trouve l'expression *injury caused* («préjudice causé») dans les autres projets d'article et *injury incurred* («préjudice subi») dans celui-ci. Une meilleure cohérence linguistique est souhaitable.

### Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Le projet d'article 5 pose comme condition à l'exercice de la protection diplomatique la continuité de la nationalité. Il y a débat sur la question de savoir si cette condition devrait s'appliquer jusqu'au règlement du différend ou jusqu'à la date de la décision le concernant, et pas seulement jusqu'à celle de la présentation officielle de la réclamation. Toutefois, dans la pratique, il peut être très difficile de déterminer le moment précis du règlement d'un différend. Les pays nordiques appuient donc la solution adoptée par la Commission, selon laquelle un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé et a cette nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation.

### Qatar

1. Le Qatar appuie la règle selon laquelle un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité depuis le moment où le préjudice a été causé jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation ou, au plus, jusqu'à la décision concernant la réclamation. À ce propos, on ne peut pas invoquer l'argument selon lequel le problème du changement de nationalité se pose rarement dans les faits, car on priverait ainsi de son caractère général une règle de droit qui devrait s'appliquer à tous les cas, y compris aux exceptions envisagées au moment de l'élaboration du texte.

2. Le Qatar souligne ce point dans le souci d'éviter qu'une personne change de nationalité pour acquérir celle d'un pays plus influent sur la scène internationale. L'adoption du principe de la continuité de la nationalité réglerait ce problème et donnerait plus de crédibilité aux modalités d'application du principe de la protection diplomatique.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

1. Le paragraphe 1 du projet d'article 5 est conforme au droit international coutumier en ce qu'il exige que le réclamant soit un national à la date du préjudice et à la date de la présentation de la réclamation. Les règles du Royaume-Uni relatives aux réclamations internationales (voir l'annexe au présent document) exigent que l'individu soit un national sans interruption de la date du préjudice à la date de la présentation de la réclamation; toutefois, dans la pratique, il a suffi de prouver la nationalité à la date du préjudice et à la date de présentation de la réclamation.

2. Le paragraphe 2 du projet d'article 5 représenterait une modification du droit international coutumier. Les règles relatives aux réclamations (voir l'annexe au présent document) autorisent le Royaume-Uni à prendre fait et cause pour un national qui cesse d'être ou devient un national après la date du préjudice. Lorsque le Royaume-Uni décide de formuler une réclamation dans de telles circonstances, il ne le fera normalement que de concert avec l'État de la nationalité antérieure ou postérieure. Pour le Royaume-Uni, il est important de maintenir la règle de la continuité de la nationalité des réclamations afin que les réclamants ne changent pas de nationalité pour acquérir celle d'un État davantage susceptible de formuler une réclamation en leur nom. Le Royaume-Uni se félicite donc des conditions énoncées au paragraphe 2 du projet d'article 5 en ce qui concerne la perte de la nationalité et l'acquisition de la nationalité pour des raisons sans rapport avec la formulation de la réclamation, car elles dissuaderont les réclamants potentiels de manipuler les règles en la matière.

### États-Unis d'Amérique

1. Aux termes du paragraphe 1 du projet d'article 5, pour qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique à l'égard de la réclamation d'un de ses nationaux, celui-ci doit avoir la nationalité de cet État à la date où le préjudice a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation. Le commentaire du projet d'article explique que la date où le préjudice a été causé coïncide en principe avec la date à laquelle l'acte préjudiciable a été commis. Le commentaire souligne aussi 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[14]». Or, dans sa forme actuelle, l'article ne précise pas si la nationalité doit rester la même entre le moment de l'acte préjudiciable et celui de la présentation de la réclamation.

2. Le paragraphe 2 du projet d'article 5 crée une exception à la règle de la continuité de la nationalité dans les cas où la personne qui demande la protection diplomatique a perdu sa nationalité et en a acquis une autre pour des raisons sans rapport avec la réclamation, d'une manière non contraire au droit international. Le paragraphe 3 restreint cette exception en excluant les réclamations élevées contre l'ancien État de nationalité dans les cas où la

[14] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 25, par. 4 du commentaire relatif à l'article 5.

personne était encore ressortissante de cet État lorsqu'elle a subi le préjudice. Le commentaire explique que ces règles sont censées permettre les réclamations au nom de personnes qui ont perdu leur nationalité par succession d'États, par adoption ou par mariage.

3. Le paragraphe 1 du projet d'article 10 exige qu'une société ait la nationalité de l'État exerçant la protection diplomatique «au moment où le préjudice a été causé» et «à la date de la présentation officielle de la réclamation». Ce projet d'article aussi laisse ouverte la question de savoir si la nationalité doit rester la même entre le moment du préjudice et la date de la présentation de la réclamation.

4. Les États-Unis estiment que ces projets d'article ne reflètent pas exactement le droit international coutumier et ne sont pas formulés de la manière la plus adaptée aux objectifs recherchés. Par conséquent, ils demandent instamment que le premier paragraphe du projet d'article 5 soit modifié comme suit:

«Un État n'est en droit d'exercer la protection diplomatique qu'à l'égard d'une personne qui a eu sa nationalité ou celle d'un État prédécesseur de façon continue depuis la date où le préjudice a été causé jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation.»

De même, le paragraphe 1 du projet d'article 10 devrait se lire comme suit:

«Un État n'est en droit d'exercer la protection diplomatique qu'à l'égard d'une société qui a eu sa nationalité ou celle d'un État prédécesseur de façon continue depuis la date où le préjudice a été causé jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation.»

5. Les modifications proposées se démarquent du texte de la Commission sur quatre points importants. Premièrement, la négation «ne… que» soulignerait que les deux projets d'article restreignent le champ de la protection diplomatique aux personnes physiques ou morales qui satisfont à la condition de la continuité de la nationalité. Deuxièmement, la date à laquelle prend fin l'exigence de continuité de la nationalité serait «la date de la décision concernant la réclamation», pour que le texte concorde avec le droit international coutumier. Troisièmement, la nationalité devrait rester la même entre la date du fait donnant lieu à la réclamation et la date de la décision concernant la réclamation, afin que le projet d'article corresponde aux formulations traditionnelles de cette règle. Quatrièmement, la question du changement de nationalité dû à une succession d'États devrait être réglée simplement et directement en reconnaissant que le droit d'exercer la protection diplomatique se transmet également par succession d'États, ce qui rendrait superflu, sur ce point, le paragraphe 2 de l'article 5; quant aux autres éléments contenus dans ce paragraphe, ils ne sont pas suffisamment étayés pour justifier qu'on le conserve. Les préoccupations qui motivent ces propositions sont exposées ci-dessous.

6. Premièrement, le paragraphe 1 du projet d'article 5 et le paragraphe 1 du projet d'article 10 ont pour objet de restreindre la protection diplomatique visée dans les projets d'articles 2 et 3 aux réclamations présentées par des personnes qui satisfont à la condition de la continuité de la nationalité. L'ajout de la négation «ne… que» est nécessaire car, sans elle, on ne voit pas clairement que ce paragraphe est censé restreindre le champ d'application des projets d'articles 2 et 3.

7. Deuxièmement, les États-Unis ont des doutes sur la prescription des projets d'articles 5 et 10 concernant la date jusqu'à laquelle la nationalité doit avoir été continue. Il est dit dans le commentaire que même si la condition de la continuité de la nationalité pourrait être étendue jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation, «[d]e tels cas étant rares dans la pratique[15]», c'est la «date de la présentation officielle de la réclamation[16]» qui a été choisie comme date jusqu'à laquelle la nationalité doit avoir été continue. Les États-Unis peuvent toutefois citer huit décisions arbitrales ou réclamations présentées par voie diplomatique où la question d'un changement de nationalité intervenu entre la présentation de la réclamation et la décision concernant la réclamation a été soulevée et examinée[17]. Dans

[15] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 25, par. 5 du commentaire relatif à l'article 5.

[16] Ibid.

[17] Voir Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 805 (le requérant américain Ebenezer Barstow est décédé après que sa réclamation eut été présentée au Gouvernement japonais et les États-Unis ont refusé de prendre fait et cause pour sa veuve, devenue ayant droit, parce qu'elle était japonaise); *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain) v. United Mexican States* (24 juin 1931), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 207 (rejet de la réclamation d'un ressortissant britannique devenu citoyen américain par mariage après avoir présenté la réclamation); *María Guadalupe* (non publié) [Commission franco-mexicaine des réclamations, 1931], affaire examinée dans Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, p. 97 (le tribunal a rejeté la réclamation au motif que le requérant avait perdu la nationalité française «non seulement après la présentation de la réclamation mais après que celle-ci eut été inscrite comme étant recevable dans la Convention complémentaire de 1930 entre la France et le Mexique»); *Benchiton, Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)* [1er mai 1925], Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 706 (la réclamation a été rejetée lorsque le requérant a perdu son statut protégé après la première démarche du Royaume-Uni auprès de l'Espagne concernant la réclamation: «[L]e caractère national de la demande doit exister jusqu'au moment du jugement, ou tout au moins jusqu'à la clôture des débats»); *Exors. of F. Lederer (deceased) v. German Government, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, t. III (Paris, Sirey, 1924), p. 762, 765 et 770 (après la présentation de la réclamation, le requérant britannique est décédé en laissant des ayants droit allemands et la réclamation a été refusée au motif que la mesure demandée «serait incompatible avec l'objet du Traité, puisque l'Allemagne verserait en fait une indemnisation […] à des nationaux allemands»); *F. H. Redward and Others (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims)* [10 novembre 1925], Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente: 1955.V.3), également mentionné dans Nielsen, *American and British Claims Arbitration* (dans l'affaire des réclamations d'Hawaii devant le Tribunal anglo-américain des réclamations, le Gouvernement britannique a volontairement retiré trois réclamations, «les requérants ayant acquis la nationalité américaine» durant les quatorze années écoulées entre la date de la première présentation des réclamations et la date de la présentation du mémoire); *Chopin*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (numéro de vente: 1955.V.3), p. 68 [*Commission franco-américaine des réclamations, 1880-1884*, vol. 60, Registre des réclamations (la réclamation que la France a présentée officiellement par la voie diplomatique le 30 août 1864 a été retirée par la demande de désistement du 24 mai 1883 concernant l'un des bénéficiaires, devenu depuis lors américain par mariage)]; rapport de Robert S. Hale, *Papers relating to the Treaty of Washington*, vol. VI (Washington, Government Printing Office, 1874), p. 14 (rapport d'un agent devant la Commission anglo-américaine des réclamations: la

chacun de ces cas, le requérant ou la personne au nom de laquelle la réclamation a été introduite a changé de nationalité *après* la présentation officielle de la réclamation à l'État défendeur mais avant la décision définitive[18]. Chaque fois, la réclamation internationale a été rejetée ou retirée au vu du fait que la réclamation était présentée au nom d'une personne ayant acquis la nationalité d'un autre État que l'État requérant. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Loewen* a été le dernier à réaffirmer ce principe: «Selon le droit international, la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation […] jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation[19].»

8. Ces cas d'espèce indiquent clairement qu'il existe une règle de droit international coutumier. Dans chacun de ces cas, le rejet ou le retrait de la réclamation reflétait une obligation juridique. Dans chacun des cas où un tribunal arbitral s'est prononcé, il s'est fondé sur le droit international coutumier et non sur les termes d'un traité. Chaque fois que la réclamation a été retirée, elle l'a été contre l'intérêt de l'État réclamant qui demandait à l'État défendeur une compensation pour un fait qu'il prétendait internationalement illicite. En bref, ces cas d'espèce reflètent une pratique constante des États. En outre, cette règle est préférable par principe car elle permet d'éviter la situation où l'État défendeur a une obligation envers l'État réclamant pour un préjudice causé à une personne qui ne dépend plus juridiquement de celui-ci. Le paragraphe 1 du projet d'article 5 et le paragraphe 1 du projet d'article 10 devraient être modifiés pour refléter cette règle de droit international.

9. Troisièmement, les États-Unis estiment que le paragraphe 1 du projet d'article 5 devrait être modifié pour y stipuler que la nationalité doit rester la même depuis la date du fait donnant lieu à la réclamation jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation. Ils comprennent la préoccupation de la Commission selon laquelle cette règle a été peu appliquée dans la pratique mais fondent leur proposition sur la façon dont la plupart des commentateurs et des tribunaux internationaux d'arbitrage formulent la condition de la continuité de la nationalité. Comme indiqué plus haut, le tribunal saisi de l'affaire *Loewen* a défini la condition de la nationalité comme suit: «[L]a nationalité doit *rester** la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation […] jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation[20].» Il ne s'agit pas seulement de se conformer à la pratique: il y aurait une grande incohérence à introduire une condition de continuité de la nationalité et à s'abstenir ensuite d'en prescrire l'application. Les États-Unis prient donc la Commission d'aligner le paragraphe 1 du projet d'article 5 sur la description qu'en font les commentateurs et les tribunaux d'arbitrage.

10. En dernier lieu, les États-Unis n'ignorent pas que la succession d'États entraîne un changement de nationalité et peut donc poser un problème en ce qui concerne la condition de la continuité de la nationalité. Cependant, ils estiment que le droit d'exercer la protection diplomatique se transmet par succession d'États et qu'il n'y a pas lieu de faire une exception dans ce cas précis. Ils proposent donc de supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 5. La meilleure solution serait, selon les États-Unis, d'ajouter une mention de l'«État prédécesseur» au paragraphe 1 du projet d'article 5 et au paragraphe 1 du projet d'article 10. Il serait alors clair que la succession d'États ne brise pas la continuité de la nationalité, puisque l'État successeur conserve le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard des personnes qui avaient la nationalité de l'État prédécesseur et ont acquis la sienne, à condition que toutes les autres conditions soient remplies. En conservant le texte de l'actuel paragraphe 3 du projet d'article 5, on s'assurerait que l'État successeur ne puisse prendre fait et cause pour une personne contre son ancien État de nationalité.

11. La proposition de modification du paragraphe 1 du projet d'article 5 règle les problèmes posés par la succession d'États mais la suppression du paragraphe 2 laisse sans réponse la question de la protection diplomatique des personnes qui ont dû changer de nationalité par adoption ou par mariage. Les États-Unis s'interrogent sur le fondement de cette disposition puisque le commentaire ne cite aucune loi prévoyant la perte de la nationalité en cas de mariage avec un étranger ou d'adoption par un étranger. En outre, le paragraphe 2 du projet d'article 5 est en contradiction avec les fondements théoriques de la protection diplomatique. Il permettrait en effet à un État d'exercer la protection diplomatique à raison d'un préjudice subi par une personne qui avait la nationalité d'un autre État au moment du préjudice, et donc lorsque ledit préjudice ne portait atteinte qu'aux droits de cet autre État du point de vue du droit international. Voilà qui diffère de la situation créée par la succession d'États, où le nouvel État, ayant succédé aux droits et obligations de l'État prédécesseur au regard du droit international, est réputé lésé dans ses droits à ce titre. Les États-Unis proposent donc de supprimer le paragraphe 2. La proposition des États-Unis laisserait aux nouveaux États le droit d'exercer

Commission considérait unanimement que le requérant dans l'affaire *Gribble* n'avait pas le statut de sujet britannique parce qu'il «avait présenté sa déclaration d'intention [d'obtenir la nationalité américaine] […] avant de présenter son mémoire, avait obtenu sa naturalisation alors qu'il attendait l'examen de sa réclamation par la Commission, et était citoyen américain au moment de la présentation de ses moyens»).

[18] Dans la plupart de ces exemples, la personne bénéficiant de la protection devient un ressortissant de l'État défendeur mais, dans un cas au moins, il devient un ressortissant d'un État tiers. Dans *Minnie Stevens Eschauzier*, le Royaume-Uni a présenté une réclamation contre le Mexique mais celle-ci a été rejetée lorsque la personne en cause a acquis la nationalité américaine, après la présentation de la réclamation mais avant le règlement (voir *supra* la note 17).

[19] Voir *supra* la note 13.

[20] Ibid. Le tribunal saisi de l'affaire *Loewen* n'est pas seul à avoir utilisé cette formulation. Brownlie, par exemple, estime que la règle de la continuité de la nationalité exige qu'une personne dont la réclamation est présentée par un État réclamant conserve la nationalité de cet État «continuellement et sans interruption» de la date du préjudice à celle de la décision (*Principles of Public International Law*, p. 483). De même, selon García-Amador, Sohn et Baxter, «l'opinion prédominante dans la pratique diplomatique et dans la jurisprudence internationale» veut que «la personne lésée soit un national au moment où le préjudice a été causé et *conserve** cette nationalité jusqu'à ce que la réclamation fasse l'objet d'une décision» (*Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, p. 82). Voir aussi Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, p. 188 et 189 (critiquant la Commission franco-américaine des réclamations pour ne pas avoir appliqué la règle de la continuité de la nationalité lorsque la France a défendu une réclamation au nom d'un Français qui était devenu américain puis à nouveau français avant la décision concernant la réclamation).

la protection diplomatique à l'égard des personnes ayant leur nationalité tout en évitant de permettre aux États d'exercer la protection diplomatique à raison de préjudices subis par d'autres États.

### Ouzbékistan

(*Voir* supra *les commentaires relatifs au projet d'article 4.*)

Dans les projets d'articles 5 et 10, il est proposé d'exiger que les personnes et les sociétés aient un lien avec l'État qui présente la réclamation au moment où le préjudice a été causé et à la date où une décision est rendue concernant la violation des droits; cela permettrait de protéger clairement les droits de ces parties.

*Projet d'article 6. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers*

### Autriche

Le paragraphe 1 du projet d'article 6 n'appelle aucune observation. Par contre, l'Autriche estime que le paragraphe 2 est superflu, car il ne fait aucun doute que deux ou plusieurs États peuvent exercer conjointement leur droit de protection diplomatique. Même sans cette disposition, l'État auquel la réclamation est présentée doit accepter une démarche conjointe. Le véritable problème est que deux États pourraient exercer différemment leur droit de protection diplomatique. Le commentaire laisse délibérément cette question ouverte en raison de sa complexité. Or, l'Autriche estime que c'est précisément la tâche de la Commission d'examiner des questions encore plus complexes et d'y apporter une solution dès lors qu'elle fait référence à la possibilité de protections diplomatiques multiples. Dans le cas contraire, il vaudrait mieux ne pas aborder la question de la protection diplomatique conjointe, puisqu'elle soulève automatiquement les questions qui viennent d'être évoquées.

### Belgique

(*Voir* supra *les commentaires relatifs au projet d'article 4 et* infra *les commentaires relatifs au projet d'article 7.*)

### El Salvador

El Salvador estime que le texte devrait tenir compte des règles du droit international privé concernant la double ou multiple nationalité, selon lesquelles les États doivent respecter la nationalité qui est effectivement utilisée. Cela n'est pas sans rapport avec la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm*[21], qui a établi un précédent concernant la «nationalité effective».

### Guatemala

Il serait intéressant d'avoir des précisions sur les «principes généraux» évoqués dans la dernière partie du paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 6: quels sont-ils et où les trouve-t-on?

### Qatar

1. Il serait peut-être utile de reformuler le paragraphe 2 pour plus de clarté. On pourrait alors désigner expressément un seul État habilité à exercer la protection diplomatique ou fixer des critères pour prévenir les problèmes qui pourraient découler de la présentation de réclamations distinctes par deux ou plusieurs États. Pour éviter de telles situations, le Qatar propose:

*a*) que les deux États de la nationalité s'entendent pour présenter une réclamation commune;

*b*) que les deux États de la nationalité s'entendent pour que l'un d'entre eux présente la réclamation;

*c*) que la réclamation soit présentée par l'État de la nationalité dominante [effective].

2. Cette approche rejoint la proposition que M. F. V. García-Amador a faite dans son troisième rapport sur la responsabilité internationale présenté à la Commission, dans lequel on peut lire: «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[22].»

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

L'article 6 prévoit qu'en cas de double nationalité, l'un ou l'autre État peut exercer sa protection diplomatique contre tout État autre que l'autre État de nationalité. Cette disposition va peut-être au-delà du droit international coutumier. Le Royaume-Uni peut prendre fait et cause pour une personne qui est un double national, bien qu'en certaines circonstances il peut être opportun de le faire de concert avec l'autre État ou les autres États de nationalité ou que seul l'autre État de nationalité prenne fait et cause pour l'intéressé. Les règles proposées s'écartent des obligations conventionnelles du Royaume-Uni, notamment de l'article 5 de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, qui autorise l'État avec lequel l'individu a les liens les plus étroits à formuler la réclamation. Sans indiquer dans quelles circonstances il exercera sa protection diplomatique, le Royaume-Uni précise que, normalement, il exercera sa protection consulaire au profit d'un double national uniquement lorsque l'intéressé voyage dans un État tiers sous le couvert d'un document de voyage délivré par le Royaume-Uni.

### Ouzbékistan

1. Le paragraphe 1 du projet d'article 6 devrait se lire comme suit:

«L'État avec lequel une personne ayant une double ou multiple nationalité a les liens les plus étroits peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.»

[21] *Nottebohm (deuxième phase),* arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4 et suiv., en particulier p. 22.

[22] *Annuaire… 1958,* vol. II, document A/CN.4/111, p. 64, art. 21, par. 4.

2. Ce libellé contribuerait à éviter toute redondance d'efforts pour protéger les droits de cette personne de la part des États dont elle a la nationalité.

*Projet d'article 7. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité*

### Autriche

Dans le projet d'article 7, la Commission a adopté un point de vue progressif sur la double nationalité. Bien que cette position soit en contradiction avec la suppression de la condition du lien effectif figurant au projet d'article 3, l'Autriche appuie cette proposition.

### Belgique

La Belgique considère que l'exigence de la nationalité prépondérante ne peut se réduire à la preuve de son acquisition de bonne foi, comme cela semble ressortir du commentaire ou des articles faisant référence à la pratique de la Commission d'indemnisation des Nations Unies, créée par le Conseil de sécurité pour indemniser ceux qui ont subi des dommages du fait de l'occupation du Koweït par l'Iraq. La Belgique estime en effet que la pratique de cette commission se justifie par des considérations particulières qu'il ne convient pas d'appliquer de façon générale au mécanisme de la protection diplomatique. La référence à cette pratique ne lui paraît donc pas opportune.

(*Voir* supra *les commentaires relatifs aux projets d'articles 4 et 5.*)

### El Salvador

El Salvador s'interroge sur la portée de la nationalité prépondérante (nationalité effective). Selon lui, cette expression est très vague et peut donner lieu à des interprétations très subjectives.

### Italie

1. L'Italie, s'agissant de la possibilité de l'exercice de la protection diplomatique par un État contre un autre État, suggère de réintroduire le critère du lien authentique en remplacement de celui de la nationalité prépondérante. Le critère du lien authentique et effectif semble être plus en conformité avec les éléments dégagés par la jurisprudence internationale[23].

2. Pour les raisons susmentionnées, l'Italie suggère que le texte définitif du projet d'article 7 soit ainsi rédigé:

«Un État de nationalité peut exercer la protection diplomatique en faveur d'une personne contre un État dont cette personne a aussi la nationalité s'il existe un lien authentique entre elle et le premier État tant au moment du préjudice qu'à la date de présentation officielle de la réclamation.»

### Maroc

1. L'article 7 évoque la question de la nationalité prépondérante mais ne donne aucune indication qui précise, clairement, le critère retenu pour distinguer une nationalité prépondérante d'une nationalité tout court, sans compter que cette sorte de hiérarchie au niveau des nationalités compromet, d'une certaine manière, l'égalité souveraine des États qui demeure un principe immuable aussi bien dans le droit coutumier que dans le droit codifié.

2. Il est dans ce cas plus judicieux de faire référence à la notion de nationalité effective telle que décrite dans l'affaire *Nottebohm*[24] plutôt qu'à la notion de nationalité prépondérante qui n'est pas déterminée dans le droit international et reste, malgré tout, une formulation à la fois subjective et ambiguë. Cette approche aura au moins le mérite de ne pas signifier une remise en cause du principe de l'égalité souveraine des États en plus du fait qu'elle est consacrée dans la jurisprudence internationale.

### Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Les pays nordiques appuient résolument l'approche adoptée par la Commission dans le projet d'article 7. Dans le cas d'une multiple nationalité, l'État de nationalité prépondérante tant au moment où le préjudice a été causé qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation devrait avoir le droit d'exercer la protection diplomatique contre un autre État de nationalité de la personne concernée. Les pays nordiques estiment que le projet d'article 7 constitue la codification d'une règle existante de droit international coutumier. Il convient d'ajouter, par souci de clarté, que cette règle n'a pas d'incidence sur la possibilité d'accorder une aide consulaire, qui n'est pas régie par les règles se rapportant à la protection diplomatique.

### Qatar

Les dispositions de cet article dérogent quelque peu, selon le Qatar, aux règles traditionnelles régissant la protection diplomatique, qui, en principe, est exercée par l'État de nationalité à l'encontre d'un État étranger ayant enfreint le droit international. Il est inopportun de retenir ici le critère de la nationalité prépondérante car il y a en fait égalité juridique entre les États (deux ou plus) dont la personne porte la nationalité.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

L'article 7 énonce une règle générale du droit international, à savoir qu'un État ne prend pas fait et cause pour un double national contre l'autre État de nationalité. Le Royaume-Uni ne prend pas normalement fait et cause pour un national si l'État défendeur est l'État de la seconde nationalité. Toutefois, à titre exceptionnel, il peut le faire lorsque l'État défendeur a, dans la situation ayant

[23] Voir la décision de la Cour internationale de Justice du 6 avril 1955 concernant l'affaire *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 25 et 26; la décision de la Commission de conciliation Italie-États-Unis concernant l'affaire *Mergé* (10 juin 1955), dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (numéro de vente: 65.V.4), p. 246 et 247, et dans *International Law Reports* (1955), p. 455; et les sentences du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, du 29 mars 1983, rendues dans l'affaire n° 157, *Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (Cambridge, Grotius, 1984), p. 166 et suiv., et dans l'affaire n° 211, *Ataollah Golpira v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, ibid., p. 174 et 175.

[24] Voir *supra* la note 21.

abouti au préjudice, traité la personne en cause comme un ressortissant du Royaume-Uni. Le critère énoncé à l'article 7 en ce qui concerne la «nationalité prépondérante» doit toutefois être clarifié.

### Ouzbékistan

Le projet d'article 7 utilise le membre de phrase «que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier État». On ne voit pas bien dans quels cas une nationalité peut être prépondérante. De toute évidence, il faut prendre en compte le fait que la prépondérance d'une nationalité sur une autre dépend de la nature des liens de la personne avec l'un ou l'autre État (lieu de résidence, travail, etc.).

*Projet d'article 8. Apatrides et réfugiés*

### Autriche

1. Du fait de l'accroissement du nombre des réfugiés, le projet d'article 8 revêt une importance particulière. Pour ce qui est des apatrides, la condition de la résidence légale et habituelle met la barre haut mais elle s'impose certainement, pour éviter les abus en la matière.

2. À propos du paragraphe 2, on peut se demander si les conditions de l'exercice de la protection diplomatique ne sont pas trop restrictives, car non seulement il y est demandé que le réfugié ait sa résidence légale et habituelle sur le territoire de l'État exerçant le droit de la protection diplomatique, mais aussi que l'État en question lui reconnaisse la qualité de réfugié. On peut imaginer qu'une telle personne réside légalement dans un autre État que celui qui lui a accordé le statut de réfugié; cette situation pourrait par exemple se produire dans l'Union européenne. Dans un tel cas, le réfugié ne jouirait d'aucune protection diplomatique. On pourrait donc se demander si l'État aurait le droit d'exercer la protection diplomatique là où la personne réside habituellement et légalement après avoir acquis le statut de réfugié.

3. À l'inverse du commentaire relatif au projet d'article 8, l'Autriche part du principe que le terme «réfugié» utilisé dans ce projet d'article est celui de la Convention relative au statut des réfugiés. Il est inimaginable qu'un État accorde deux sens différents à ce terme, et, par ailleurs, il convient de se rappeler que le droit, pour un État, d'exercer la protection diplomatique a pour effet juridique d'obliger l'autre État à accepter une réclamation faite à ce titre. Une acception ouverte du terme «réfugié», telle que celle qui est suggérée dans le commentaire, poserait certainement des problèmes car l'État auquel la réclamation serait présentée serait tributaire de la définition du terme «réfugié» retenue par l'État réclamant. Il est donc souhaitable de modifier le commentaire en conséquence.

### Belgique

1. La Belgique est d'avis que la notion de réfugié doit s'entendre au sens du droit international.

2. En ce qui concerne le paragraphe 3, et parallèlement à sa remarque formulée au sujet de l'article premier, la Belgique estime que, dans l'hypothèse où la conception de la protection diplomatique est retenue, ce paragraphe devrait être supprimé afin de permettre certains recours informels à l'encontre de l'État de nationalité du réfugié. À défaut, la Belgique estime que le paragraphe 3 instaure une discrimination injustifiée entre les réfugiés dans l'État de résidence et les nationaux de cet État. Par ailleurs, l'État dont la protection est sollicitée reste toujours libre de l'accorder ou non.

### El Salvador

La portée du terme «réfugiés» tel qu'il est utilisé ici dépasse de loin les dispositions de la Convention relative au statut des réfugiés et de son Protocole, qui en donnent la définition universellement acceptée. El Salvador ne s'oppose pas à l'usage qui en est fait ici mais il s'agit de l'examiner avec attention, car il constituerait une nouvelle définition qui devrait être introduite et rendue compatible avec la Convention.

### Guatemala

S'agissant des paragraphes 1 et 2 du projet d'article 8, le Guatemala estime qu'il faudrait faire une exception à la règle de la continuité de la nationalité établie au paragraphe 1 du projet d'article 5, à l'égard des apatrides ou des réfugiés protégés en vertu des paragraphes 1 et 2 du projet d'article 8 si, entre le moment du préjudice et la date où la réclamation est officiellement présentée, la personne lésée, sans être couverte par le paragraphe 2 du projet d'article 5, acquiert la nationalité de l'État qui épouse sa cause.

### Maroc

Cette disposition, même si elle n'est prévue ni par le droit international coutumier ni par le droit international codifié, mais relève plutôt du développement progressif du droit, ne pose pas un réel problème car, sur le plan pratique, la situation de cette catégorie de personnes s'inscrit dans un temps limité.

### Pays-Bas

Pour les Pays-Bas, le projet d'article 8 est l'un des rares éléments progressifs du texte et donc un pas dans la bonne direction; les Pays-Bas apprécient les arguments présentés par la Commission au paragraphe 7 de son commentaire.

### Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

1. Les pays nordiques sont particulièrement satisfaits de constater que la Commission a rédigé une disposition sur la protection diplomatique à l'égard des apatrides ou des réfugiés dans certains cas. Le projet d'article 8 s'écarte des avis précédents selon lesquels un État ne doit accorder la protection diplomatique qu'à ses seuls nationaux. Il est très important de pouvoir accorder la protection diplomatique à ces catégories de personnes vulnérables.

2. Les pays nordiques soutiennent l'élément de souplesse qui se dégage du commentaire relatif au projet d'article 8, d'où il ressort que le terme «réfugié» ne vise pas seulement les réfugiés au sens de la définition qu'en donnent la Convention relative au statut des réfugiés et son Protocole. Le commentaire permet qu'un État «puisse exercer sa protection diplomatique à l'égard de toute

personne qu'il considère et traite comme un réfugié[25]». Les pays nordiques estiment qu'un État peut exercer une protection diplomatique en faveur des personnes qui satisfont au critère du rattachement territorial à cet État et qui, de l'avis de l'État, ont clairement besoin de protection, sans remplir nécessairement toutes les conditions voulues pour bénéficier du statut de réfugié.

3. En ce qui concerne la suggestion d'une condition temporelle à l'exercice de la protection diplomatique, à savoir qu'un apatride ou un réfugié doit avoir sa résidence légale et habituelle dans l'État exerçant la protection diplomatique au moment où le préjudice a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, les pays nordiques estiment qu'une telle condition placerait la barre trop haut. En effet, dans de nombreux cas où une protection diplomatique effective est nécessaire, le préjudice a été causé avant l'entrée de la personne concernée sur le territoire de l'État exerçant la protection diplomatique.

4. Les pays nordiques suggèrent donc que l'on envisage une adaptation du critère et que l'expression «résidence légale et habituelle» utilisée dans le projet d'article 8 soit remplacée par l'expression «résidant régulièrement», employée à l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés, qui porte sur la délivrance de titres de voyage aux réfugiés.

### Panama

Le Panama estime que, dans le cadre traditionnel de la protection diplomatique, le projet d'article 8 sur la protection diplomatique des apatrides et des réfugiés, en particulier, non seulement est pertinent et justifié mais encore constitue bel et bien un élément de développement progressif du droit international. En effet, l'adoption d'une règle de protection des apatrides et des réfugiés disposant que le lien de rattachement de ces personnes à un État donné est leur résidence légale et habituelle dans cet État, et que doivent toujours s'y ajouter d'autres liens indiquant la nature véritable dudit rattachement (liens familiaux, centres d'intérêt, activités professionnelles, etc.), constitue la solution adéquate pour ces deux catégories de personnes.

### Qatar

Le paragraphe 2 limite l'octroi du statut juridique de réfugié par l'État exerçant la protection sans qu'il soit tenu compte de la notion de réfugié telle que définie en droit international. Ces dernières années, des causes diverses et variées ont donné lieu à des flux massifs de réfugiés et le Qatar estime qu'il convient d'examiner ce paragraphe de manière plus approfondie, afin d'arrêter des conditions objectives pour la protection des réfugiés, dans le respect des règles internationales.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

En ce qui concerne l'article 8, le Royaume-Uni ne considère pas que la protection des apatrides et des réfugiés relève de la protection diplomatique au sens où cette institution est entendue en droit international positif. Le Royaume-Uni considère que les dispositions de l'article 8 sont *lex ferenda*. Le Royaume-Uni pourrait, à titre exceptionnel, par exemple pour des motifs humanitaires, faire des représentations ou d'autres démarches au bénéfice d'apatrides ou de réfugiés en fonction des circonstances de l'espèce; une telle décision relèverait de son pouvoir discrétionnaire, mais il ne s'agirait pas de l'exercice de la protection diplomatique au sens strict. Quoi qu'il en soit, de telles représentations ne prouveraient pas ni n'indiqueraient que l'individu concerné est un réfugié ou un national du Royaume-Uni, ni qu'un tel statut pourrait lui être octroyé.

(*Voir* supra *les commentaires relatifs aux projets d'articles 2 et 3 et* infra *les commentaires relatifs au projet d'article 15.*)

### États-Unis d'Amérique

(*Voir* infra *«Autres commentaires et suggestions»*.)

### Ouzbékistan

1. Aux paragraphes 1 et 2, il faudrait remplacer l'expression «a sa résidence légale et habituelle sur son territoire» par l'expression «a sa résidence légale et permanente sur son territoire». En effet, dans ces paragraphes, l'expression «résidence habituelle» peut être interprétée de deux manières: soit comme «résidence coutumière», soit comme «résidence permanente». L'Ouzbékistan propose que soit retenue l'expression «résidence permanente».

2. Au paragraphe 2, il conviendrait d'ajouter l'expression «et a accordé l'asile» après l'expression «la qualité de réfugié».

## Chapitre III. Personnes morales

*Projet d'article 9. État de nationalité d'une société*

### Autriche

1. Le projet d'article 9 pose de sérieux problèmes en énonçant simultanément les deux critères suivants: le siège, d'une part, et la direction, ou un lien similaire, d'autre part. La conjonction obligatoire de ces deux critères priverait certainement des sociétés de la protection diplomatique. Néanmoins, comme l'indique le commentaire, ces deux critères sont ceux auxquels la Cour internationale de Justice s'est référée dans son arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction*[26]. Mais il convient de noter que la Commission a évoqué, dans le cas des personnes morales, un lien effectif quelconque, suivant en cela l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire susmentionnée, alors qu'elle n'a pas retenu un tel lien dans le cas de personnes physiques, contrairement à ce qu'a fait la Cour en l'affaire *Nottebohm*[27].

2. Il faut cependant souligner que dans certaines situations auxquelles la Cour internationale de Justice s'est

[25] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 29, par. 8 du commentaire relatif à l'article 8.

[26] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.

[27] Voir *supra* la note 10.

aussi référée, d'autres critères, tels que le contrôle de la société, pourraient s'appliquer; d'après le projet d'article 18, de telles exceptions doivent nécessairement reposer sur des dispositions conventionnelles spéciales constituant une *lex specialis*. On peut se demander si la *lex specialis* doit nécessairement être exprimée dans des dispositions conventionnelles ou si elle ne pourrait pas également découler du droit international coutumier; en effet, on peut imaginer qu'un État se considère en droit d'invoquer le critère du contrôle dans ses réclamations contre un autre État si les deux États ont habituellement recours à ce critère pour déterminer la nationalité des sociétés. L'Autriche suggère donc que cette règle, telle qu'elle est formulée dans le projet d'article 9, soit adoucie.

### El Salvador

El Salvador souhaite savoir ce qui se passerait si une société établissait son siège ou sa direction dans un État autre que celui où elle a été constituée. N'y aurait-il aucune possibilité de protection diplomatique pour cette société?

### Guatemala

1. Le projet d'article 9 semble trop elliptique, défaut qui peut être corrigé si on le scinde en deux paragraphes, dont le premier serait le paragraphe 1 du projet d'article 17, qui apparaît en note de bas de page 71 du rapport de la Commission à sa cinquante-cinquième session[28], et le second une version légèrement modifiée de l'actuel projet d'article 9.

2. Si cette proposition est retenue, le projet d'article 9 se lira comme suit:

«1. L'État est habilité à exercer sa protection diplomatique lorsqu'un préjudice est causé à une société qui a sa nationalité.

«2. Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, une société a la nationalité de l'État sous la loi duquel elle a été établie et sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction, ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire.»

3. Mais il reste un problème, concernant le paragraphe 2, qui surgit lorsque, comme il est fréquent, une société a son siège ou sa direction ou un lien similaire dans un État, mais qu'elle a été établie sous la loi d'un autre État. Dans ce cas, il semblerait qu'aucun État ne puisse exercer une protection diplomatique à l'égard de la société. Cette difficulté pourrait être résolue en remplaçant «et» figurant au paragraphe 2 par «ou». Mais alors, dans l'hypothèse envisagée, deux États seraient habilités à exercer leur protection diplomatique. Pour résoudre ce nouveau problème, un troisième paragraphe devrait être ajouté, qui dirait:

«3. Lorsque, en application du paragraphe 2, deux États sont habilités à exercer la protection diplomatique, l'État avec lequel la société a globalement le lien le plus étroit exerce cette protection.»

4. Les autres éléments qui préoccupent le Guatemala au sujet des sociétés peuvent sembler à première vue d'ordre plutôt linguistique mais, en réalité, ils vont plus loin.

5. Quiconque possédant une connaissance, même rudimentaire, du droit anglo-américain sait que le terme «corporation» n'y recouvre pas seulement le concept de *sociedad anónima*, en espagnol, ou de «société anonyme», en français, lequel est utilisé dans la version originale française de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[29] et correspond, dans la version anglaise de l'arrêt, au membre de phrase *limited company whose capital is represented by shares.*

6. Le Guatemala est cependant enclin à penser que le terme «corporation» de la version anglaise du projet d'article ne pose pas de problème. Il est clair que, dans cette version, ce terme a le sens le plus courant qui lui est donné dans les pays de langue anglaise, à savoir celui de *limited company* ou société par actions à responsabilité limitée. Mais il serait utile d'inclure dans la version anglaise du texte final une note de bas de page indiquant que, dans le contexte, le mot «corporation» s'entend d'une «société à responsabilité limitée dont le capital est représenté par des actions».

7. Quant aux versions française et espagnole des projets d'articles 9 à 12, le Guatemala estime qu'il faut remplacer les expressions «société anonyme» et *sociedad anónima* par les termes «société» et *sociedad* pour que ces articles correspondent au texte anglais.

### Italie

1. L'Italie doute que la détermination de la nationalité d'une société aux fins de la protection diplomatique doive être subordonnée à la fois au lieu de constitution et au lieu du siège social statutaire ou du siège social réel ou à un élément de rattachement analogue. Il est vrai que la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[30] – décision qui est le seul précédent auquel se réfère la Commission – tient compte simultanément des deux éléments de rattachement. Toutefois, dans cette affaire, en fait les deux critères de rattachement coïncidaient. En outre, la Cour a estimé que «sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'[avait] été accepté de manière générale[31]». Abstraction faite de l'affaire de la *Barcelona Traction*, un cas de figure inquiète l'Italie: celui dans lequel une société serait constituée dans un État puis transférerait son siège statutaire ou réel dans un autre État. Ce n'est pas là un cas d'école. Par exemple, l'article 8 du règlement (CE) nº 2157/2001 du Conseil de l'Union européenne du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne[32] traite justement d'un tel cas. Il est difficile d'imaginer ce que la Cour aurait décidé en 1970 si elle avait eu affaire à une société qui aurait mis à profit les possibilités offertes à l'article 8 du règlement de la Communauté européenne!

---

[28] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 25, par. 70.

[29] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3 et suiv., en particulier p. 37, par. 50.

[30] Ibid., p. 42, par. 70.

[31] Ibid.

[32] *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 294 (10 novembre 2001), p. 4.

2. Il ne fait pas de doute que si la constitution en société a lieu dans un État différent de celui auquel la société est rattachée sur la base des autres éléments de rattachement envisagés dans le projet d'article 9, l'application simultanée du critère de l'État de constitution et des autres critères débouche sur l'absence de toute protection diplomatique. Il ne ressort pas clairement du commentaire du projet d'article 9 dans quelle mesure la Commission a envisagé cette possibilité. En tout état de cause, l'Italie suggère, afin de combler cette lacune, que le projet d'article 9 ne prenne pas en compte le lieu de constitution en société aux fins de la protection diplomatique; à la place, l'un des autres éléments de rattachement envisagés dans le projet d'article 9 devrait être considéré. Même si cela risque d'aboutir à une situation dans laquelle plus d'un État peut être considéré aux fins de la protection diplomatique, cela serait préférable à une situation dans laquelle aucun État ne peut être considéré comme l'État de nationalité. Manifestement, la coordination entre différents États de nationalité pourrait être réalisée en appliquant les critères envisagés pour les personnes physiques dans le projet d'article 6.

### Mexique

Le Mexique constate, à la lecture du texte, que les commentaires qu'il a faits ces dernières années au sujet de la détermination de la nationalité des sociétés aux fins de l'exercice de la protection diplomatique ont été pris en compte par la Commission.

### Maroc

Tel qu'il est formulé, le projet d'article utilise les critères spécifiés pour déterminer l'État de nationalité de la société. Il faut cependant souligner que le projet d'article ne précise pas quel est l'État qui est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une société constituée dans un État et dont le siège a été transféré dans un autre État.

### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas considèrent que la Commission doit examiner ce projet d'article plus attentivement et qu'il serait utile de se pencher sur le droit comparé des sociétés et sur les tendances économiques actuelles. Tel qu'il est rédigé, le projet d'article exclut la possibilité pour les sociétés d'avoir une double nationalité. À cet égard, l'attention de la Commission est appelée sur des exemples de sociétés à double nationalité établies aux Pays-Bas, telles que Fortis et Unilever.

2. Les Pays-Bas suggèrent de supprimer les mots «ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire», qui sont imprécis. Les critères appliqués dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[33] ont déjà été assez adaptés dans ce projet d'article pour convenir à différents systèmes de droit interne. L'ajout de ce critère ne fait que créer la confusion.

### Qatar

1. Le Qatar considère que pour qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société, celle-ci, en principe, doit avoir été créée conformément à la législation de cet État, ce qui suppose qu'elle ait été enregistrée dans l'État en question et qu'elle ait son siège ou sa direction sur son territoire. Ce projet d'article est donc à la fois logique et pratique et permet, dans la mesure du possible, de ne pas s'attarder sur la question des sociétés ayant de multiples nationalités.

2. Le membre de phrase «ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire», qui figure à la fin de l'article, est composé de termes peu précis et risque de donner lieu à l'avenir à de multiples interprétations. Il serait donc préférable d'envisager de supprimer ce membre de phrase ou de le remplacer par des termes plus précis.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

L'article 9 semble assujettir l'exercice de la protection diplomatique au bénéfice d'une société à une nouvelle condition: l'existence d'un autre facteur de rattachement que le lieu où la société a été constituée. Or le droit international coutumier ne connaît pas cette exigence. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a estimé que le droit international coutumier n'exigeait pas qu'un «lien effectif[34]» existe entre l'État et la société pour que l'État puisse exercer sa protection diplomatique au bénéfice de celle-ci. De plus, le Royaume-Uni pense lui aussi que la notion de «lien effectif» utilisée par la Cour dans l'affaire *Nottebohm*[35] au sujet des personnes physiques ne saurait s'appliquer à la protection diplomatique des sociétés. Pour déterminer s'il doit ou non exercer sa protection diplomatique, le Royaume-Uni peut certes se demander si la société en cause a en fait une relation réelle et substantielle avec lui, mais il s'agit d'une question d'opportunité politique et non d'un quelconque impératif juridique.

### Ouzbékistan

L'expression «État de nationalité d'une société» devrait être remplacée par «État d'origine d'une société» et une définition de ce concept devrait être insérée dans le projet d'article intitulé «Termes employés» (voir «Autres commentaires et suggestions» *infra*). Le projet d'article 10 et le projet d'article 11, alinéa *b*, doivent être adaptés dans le même sens.

*Projet d'article 10.*
*Continuité de la nationalité d'une société*

### Autriche

Le commentaire relatif au projet d'article 10 présente le cas de la succession d'États comme un cas qui ne doit pas être traité en raison de sa nature exceptionnelle. Néanmoins, de récents événements ont démontré la nécessité, à cet égard, d'une réglementation similaire à celle qui concerne les personnes physiques. L'Autriche ne voit pas pourquoi, dans le cas de sociétés, la règle serait superflue alors qu'elle ne l'est pas pour les personnes physiques. S'agissant de l'application de la règle de la continuité aux

[33] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3 et suiv., en particulier p. 42, par. 70.

[34] Ibid.

[35] *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4 et suiv., en particulier p. 23.

sociétés, lorsqu'il y a succession d'États, les problèmes suivants peuvent se poser: dans la plupart des cas, l'ordre juridique interne de l'État précédent continue d'exister en tant que loi du nouvel État. Les sociétés constituées conformément au droit de l'État prédécesseur continuent simplement d'exister sous la législation du nouvel État mais elles acquièrent une nouvelle nationalité. Dans de telles circonstances, selon la formulation actuelle du projet d'article 10, ces sociétés pourraient perdre le bénéfice de la protection diplomatique.

### Pays-Bas

Les commentaires relatifs au projet d'article 5 *supra* s'appliquent également au projet d'article 10.

### Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Conformément à l'opinion qu'ils ont exprimée au sujet du projet d'article 5 (voir *supra*), les pays nordiques appuient l'approche adoptée par la Commission, qui applique la même solution, dans le projet d'article 10, à l'égard des sociétés. L'exception prévue au paragraphe 2 du projet d'article 10, par laquelle un État peut continuer d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait la nationalité dudit État au moment du préjudice et a cessé d'exister du fait de ce préjudice, semble raisonnable.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Lorsqu'une société a cessé d'exister, situation envisagée au paragraphe 2 de l'article 10 et à l'alinéa *a* de l'article 11, il n'y a guère de raison de distinguer, pour déterminer l'État habilité à exercer sa protection diplomatique, selon que la société a cessé d'exister en raison du préjudice ou pour une autre raison. D'une manière générale, lorsqu'une société a cessé d'exister, quelle qu'en soit la raison, l'État où elle a été constituée ne sera guère enclin à protéger le capital des actionnaires qui ne sont pas ses nationaux, à la différence de l'État de nationalité des actionnaires, qui sera généralement plus soucieux de le faire.

### États-Unis d'Amérique

(*Pour le paragraphe 1, voir* supra *les commentaires relatifs au projet d'article 5.*)

1. Dans le commentaire qui accompagne le projet d'article, il est admis que la règle établie au paragraphe 2 ne suit pas le droit international coutumier mais vise plutôt à résoudre les difficultés qui peuvent surgir lorsque la règle de la continuité de la nationalité est appliquée à des sociétés qui ont cessé d'exister. Cependant, le commentaire ne permet pas d'évaluer la probabilité de telles difficultés, et, partant, ne justifie pas suffisamment ce projet d'article 10.

2. Les États-Unis ne partagent pas l'opinion de la Commission selon laquelle la protection diplomatique des sociétés qui ont cessé d'exister exige qu'il soit fait exception à la règle de la continuité de la nationalité. En premier lieu, un État peut continuer d'exercer sa protection en épousant les réclamations d'une société tant que celle-ci conserve la personnalité morale, laquelle peut se limiter au droit d'ester en justice en droit interne[36]. Nombreux sont les systèmes juridiques internes qui permettent aux sociétés de continuer à présenter et à combattre des réclamations qui ont pris naissance du vivant d'une société, durant une période limitée après sa dissolution, ce qui signifie que la personnalité morale subsiste jusqu'à la fin de cette période[37]. Par conséquent, la prise en charge des réclamations d'une société qui a cessé d'exister est un problème qui risque rarement de se poser car, pour la plupart, les réclamations peuvent être examinées alors que la société a encore la personnalité morale.

3. En revanche, lorsque la société a cessé d'exister, il y a une forte raison de principe qui s'oppose à l'exception proposée. En effet, l'exception ne tient pas compte des raisons pour lesquelles le droit interne permet qu'il soit mis fin à l'existence juridique des sociétés. Les lois relatives à la survie et à la dissolution des sociétés prévoient une période de fin d'activité d'une durée précise, de façon que tous ceux qui ont affaire à une société sachent avec certitude qu'à l'issue de cette période, plus aucune réclamation pour le compte de la société ou contre celle-ci ne sera admise[38]. Le paragraphe 2 du projet d'article 10, en permettant indéfiniment la survivance de réclamations concernant la société, même après que celle-ci a cessé d'exister, risque de compromettre cette certitude, qui est indispensable pour que des décisions définitives concernant la répartition des ressources puissent être prises.

---

[36] Dans son arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a expliqué que la société n'avait pas «disparu» comme personne morale puisqu'elle était libre de se prévaloir de ses capacités devant les tribunaux espagnols malgré ses problèmes financiers. Pour reprendre les termes de la Cour, «une situation financière précaire ne peut être assimilée à la disparition de l'entité sociale […]: la situation juridique de la société est seule pertinente» [*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3 et suiv., en particulier p. 41, par. 66].

[37] Aux États-Unis, par exemple, dans la plupart des États, les sociétés peuvent ester en justice jusqu'à trois ans après leur dissolution [*Model Business Corporation Act*, chap. 14.07 (2002)]; voir aussi le Code de l'État du Delaware, titre 8: «Corporations», chap. 278 (2005) [période de trois ans pour faire valoir ses droits après la dissolution d'une société]. La loi sur les codes des sociétés par actions (*Model Business Corporation Act*) et le Code de l'État du Delaware sont considérés comme des codes de référence du droit des sociétés des États-Unis. D'autres États admettent les réclamations qui ont pris naissance du vivant de la société, durant des périodes allant de deux ans après la dissolution à une durée illimitée, de façon prescriptible pour la réclamation. Voir le Code de l'État de l'Illinois (2005) 805 ILCS 5/ *Business Corporation Act* de 1983, sect. 12.80 (toute réclamation pour le compte d'une société ou contre celle-ci ayant pris naissance avant sa dissolution reste valable jusqu'à cinq ans après que la société a cessé d'exister); la *New York Business Corporation Law*, par. 1006 *a* 4 (toute réclamation pour le compte d'une société ou contre celle-ci ayant pris naissance avant sa dissolution, opposable sans limite temporelle); les *Pennsylvania Consolidated Statutes*, partie 15, par. 1979 (limite de deux ans après la dissolution pour présenter des réclamations pour le compte de la société ou contre elle). D'autres États ont des lois similaires concernant la personnalité juridique d'une société après sa dissolution. Au Royaume-Uni, les sociétés peuvent ester en justice jusqu'à deux ans après avoir été dissoutes, avec l'autorisation des tribunaux (*Companies Act*, 1985, c. 6, sect. 651). Au Canada aussi, l'autorisation des tribunaux est requise pour qu'une société dissoute puisse ester en justice mais aucune limite temporelle n'est fixée (loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, chap. C-44, par. 209). Le Code du commerce français, quant à lui, permet de présenter des réclamations pour le compte de la société ou contre celle-ci pendant trois ans après la dissolution (art. L.231-1 à L.237-31).

[38] C'est pour cette raison qu'aux États-Unis, à tout le moins, les réclamations qui ne sont pas réglées au cours de la période de fin d'activité s'éteignent généralement lorsque cette période prend fin (Fletcher, *Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, par. 8144.40).

### Ouzbékistan

(*Voir* supra *les commentaires relatifs aux projets d'articles 5 et 9.*)

*Projet d'article 11. Protection des actionnaires*

### Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

1. S'agissant de l'exercice de la protection diplomatique des actionnaires, les pays nordiques se félicitent de constater que la Commission a veillé à faire concorder globalement ce projet d'article avec la jurisprudence de la Cour internationale de Justice consacrée par l'arrêt *Barcelona Traction*[39].

2. Dans son arrêt de 1970, la Cour internationale de Justice établit un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des actionnaires et promeut la clarté juridique. Les pays nordiques pensent avec la Commission qu'il ne faut pas remettre en cause le principe fondamental qui veut que la protection diplomatique d'une société soit, au premier chef, du ressort de son État de nationalité. En outre, l'impossibilité de réclamer la protection diplomatique à leur propre gouvernement est peut-être l'un des risques commerciaux que prennent les personnes qui acquièrent des actions dans des sociétés étrangères.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

1. Le Royaume-Uni appuie d'une manière générale les projets d'articles 11 et 12 régissant la protection des actionnaires d'une société. Comme l'indique l'opinion majoritaire dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[40], le droit international reconnaît deux exceptions à la règle générale qui veut que l'État de nationalité d'un actionnaire n'ait pas un droit distinct d'exercer sa protection diplomatique: premièrement, lorsque la société a cessé d'exister et, deuxièmement, lorsque c'est l'État où la société a été constituée qui cause le préjudice.

2. Le projet d'article 11 envisage la possibilité que des réclamations multiples puissent être formulées parce que plusieurs nationalités sont représentées parmi les actionnaires, ce qui habilite plusieurs États à exercer leur protection diplomatique. Dans les cas où il peut être habilité à formuler une telle réclamation, le Royaume-Uni, plus pour des raisons de pratique que de droit, s'efforce normalement de le faire de concert avec les autres États. Il peut aussi s'abstenir de faire des représentations s'il n'est pas appuyé dans cette démarche par les États dont les nationaux détiennent la majorité du capital. Plus généralement, le Royaume-Uni engage vivement la Commission à tenir davantage compte des situations dans lesquelles il y a de multiples réclamations, y compris de la nécessité de coordonner celles-ci.

3. Le projet d'article 11 est limité aux intérêts des actionnaires d'une société, sur la base de l'intention clairement exprimée de la Cour internationale de Justice, à savoir que sa décision dans l'affaire de la *Barcelona Traction* ne s'applique qu'aux sociétés à responsabilité limitée dont le capital est représenté par des actions. Il faudrait tenir compte des intérêts des personnes autres que les actionnaires qui ont investi dans une société, par exemple les créanciers, les commanditaires et les *trustees*. Les règles du Royaume-Uni relatives aux réclamations internationales (voir l'annexe au présent document) l'autorisent à intervenir lorsqu'un de ses nationaux a un intérêt dans une société, que ce soit en qualité d'actionnaire ou autrement.

*Alinéa* a

### Autriche

Pour ce qui est du projet d'article 11, alinéa *a*, on peut se demander pourquoi il n'y est question que de «l'État où [la société] s'est constituée» et non de l'État de nationalité, contrairement aux autres projets d'article pertinents où il est tenu compte du double critère de nationalité. Ce texte a une incidence très large, car il traite des situations où une société ayant la nationalité d'un État A y a été dissoute «d'après la loi de l'État où elle s'est constituée», mais subit un préjudice de la part d'un État B. Si les actionnaires ont la nationalité des États C et D, ce qui ouvrirait la voie à des réclamations multiples, la restriction relative au «motif sans rapport avec le préjudice» est pratiquement inopérante puisque l'État ayant dissout la société est différent de celui présumé responsable du préjudice. Elle ne sera utile que si elle s'applique également aux sociétés qui, au moment du préjudice, avaient la nationalité de l'État présumé en être responsable et qui, du fait du préjudice, ont cessé d'exister au regard de la loi de cet État. Par souci de clarté, l'Autriche propose que les deux cas de figure soient formulés dans deux paragraphes distincts.

### El Salvador

En ce qui concerne le projet d'article 11, alinéa *a*, qui traite de la protection diplomatique des actionnaires dans des cas où la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État de constitution pour un motif sans rapport avec le préjudice, sans rien dire du cas des actionnaires d'une société qui a cessé d'exister du fait du préjudice, il semblerait que plus les droits des actionnaires sont lésés, moins leurs États nationaux peuvent exercer la protection diplomatique en leur faveur.

### Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Les pays nordiques approuvent les exceptions proposées aux alinéas *a* et *b* du projet d'article 11.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Comme indiqué, le Royaume-Uni estime lui aussi que l'État de nationalité d'un actionnaire peut intervenir au bénéfice de celui-ci lorsque la société a cessé d'exister. Il considère toutefois qu'exiger que la réclamation soit sans relation avec la raison pour laquelle la société a cessé d'exister réduit indûment la portée de l'exception admise dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Le droit de l'État

[39] Voir *supra* la note 26.

[40] Idem.

de nationalité des actionnaires ne devrait pas dépendre de la raison pour laquelle la société a cessé d'exister[41].

(*Voir* supra *les commentaires relatifs au projet d'article 10.*)

### États-Unis d'Amérique

Les États-Unis d'Amérique exhortent vivement la Commission à supprimer l'alinéa *a* du projet d'article 11, puisqu'il crée une situation anormale en conférant le droit de faire siennes les réclamations d'une société à l'État de nationalité des actionnaires davantage qu'à l'État où s'est constituée la société. Les actionnaires, du moins aux États-Unis, n'ont pas qualité pour exercer les droits d'une société dissoute[42], car la défense de ses droits incombe avant tout à la société elle-même. C'est la raison pour laquelle, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[43], la Cour internationale de Justice a jugé que c'est l'État où s'est constituée une société qui a qualité pour exercer la protection diplomatique à raison des préjudices subis par elle. Rien dans le commentaire ne justifie la création d'une catégorie de réclamations où c'est l'État de nationalité des actionnaires d'une société, et non celui dans lequel la société est constituée, qui peut épouser les causes de celle-ci. Il faudrait supprimer cette règle contraire aux principes fondamentaux du droit des sociétés. Ce faisant, on ne porterait en aucun cas préjudice au droit pour l'État de nationalité des actionnaires de prendre fait et cause pour ceux-ci à raison de préjudices directs qu'ils auraient subis, ce que permettent du reste les projets d'articles 2 et 3.

*Alinéa* b

### Autriche

Le projet d'article 11, alinéa *b*, pose le problème du préjudice, car on ne voit pas clairement de quel type de préjudice il s'agit dans ce contexte. En particulier, on ne sait guère s'il faut l'entendre au sens du projet d'article 1, qui parle, pour un État, de «préjudice subi par [une personne ayant sa nationalité] découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État». Lu à la lumière de la phrase introductive, il apparaît clairement que, dans le projet d'article 11, alinéa *b*, il s'agit de préjudice subi par une société. Toutefois, le préjudice peut rarement être de ceux «découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État» si la société a la nationalité de l'État qui en est l'auteur. Le commentaire ne répond pas à cette question. Des éclaircissements seraient donc souhaitables dans le commentaire pour dissiper tous les doutes pouvant subsister à cet égard.

### Belgique

La Belgique est d'avis que la condition restrictive introduite à l'action en protection diplomatique des actionnaires, selon laquelle la constitution de la société conformément aux lois de l'État responsable doit être une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse y exercer ses activités, ne reflète pas une règle de droit international coutumier. Cette condition devrait être supprimée.

### Pays-Bas

1. Le projet d'article semble avoir suscité une controverse au sein de la Sixième Commission. La CDI s'est efforcée de codifier les deux exceptions formulées dans l'arrêt *Barcelona Traction*[44]. Les Pays-Bas conviennent avec la CDI que, dans le cas des sociétés Calvo, l'État de nationalité de l'actionnaire aurait titre à exercer la protection diplomatique.

2. À l'alinéa *b*, on parle d'État «qui est réputé […] être responsable» (du préjudice). Dans le projet d'article 14, paragraphe 2, par contre, il est question d'État «dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice». Il faudra harmoniser la formulation des projets d'article.

### Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

(*Voir* supra *les commentaires relatifs à l'alinéa* a.)

1. Un État ne doit pas être admis à exiger qu'un groupement d'intérêts étranger se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoquer le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'exercice de la protection diplomatique par l'État de nationalité du groupement d'intérêts.

2. Selon le commentaire relatif au projet d'article 11, alinéa *b*, cette exception s'applique dans les cas où la constitution en vertu du droit interne, comme condition préalable d'exercice d'une activité, est formellement exigée par la législation du pays. Toutefois, et suivant le développement progressif du droit international, il y a de bonnes raisons d'étendre cette exception aux cas où la condition de constitution conformément au droit interne n'est pas formelle mais procède d'une pression informelle ou politique sur les intérêts étrangers. Les pays nordiques proposent que les conditions informelles de ce genre soient également comprises dans le libellé de l'alinéa *b* du projet d'article 11, qui se lit comme suit: «[…] condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État». Il faudrait alors mentionner cet élargissement dans le commentaire relatif au projet d'article 11, alinéa *b*.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni estime que le droit de l'État de nationalité des actionnaires d'exercer sa protection ne doit pas dépendre des raisons pour lesquelles la société a été constituée dans l'État dans lequel elle a été constituée. Par exemple, les règles relatives aux réclamations internationales (voir l'annexe au présent document) disposent que lorsqu'un ressortissant du Royaume-Uni est actionnaire d'une société constituée dans un autre État et que cet État

[41] *Idem.*

[42] Fletcher, op. cit., par. 8144.40 (sur l'interdiction, en droit américain, pour les actionnaires d'intenter une action en justice au nom d'une compagnie dissoute). Les États-Unis sont sans doute l'un des pays qui permettent le plus aux actionnaires d'agir en justice au nom de leur société, ce qui laisse entendre que d'autres États peuvent refuser aux actionnaires de réclamer le respect des droits de sociétés dissoutes. Grossfeld, dans «Management and control of marketable share companies» (p. 107), souligne que les États-Unis sont, généralement, plus favorables que les autres États au droit pour les actionnaires d'intenter des poursuites au nom de la société.

[43] Voir *supra* la note 26.

[44] *Idem.*

où la société a été constituée cause un préjudice à la société, le Royaume-Uni peut intervenir pour protéger les intérêts de l'actionnaire britannique. Ainsi, pour le Royaume-Uni, l'alinéa *b* du projet d'article 11 est indûment restrictif.

### États-Unis d'Amérique

1. Les États-Unis s'inquiètent vivement du projet d'article 11, alinéa *b*. Comme ils l'ont souligné précédemment à la Commission, l'exception proposée manque de fondement en droit international coutumier. Dans tous les cas cités par la Commission à l'appui de cette exception, on trouve en fait soit un accord spécial entre deux États donnant aux actionnaires le droit d'agir en réparation, soit un accord offrant des réparations aux actionnaires entre l'État responsable du préjudice et la société ayant sa nationalité[45]. Il en résulte que les cas susmentionnés ne prouvent guère l'existence d'une norme de droit international coutumier autorisant les États à prendre à leur compte les réclamations des actionnaires contre l'État où la société est constituée, lorsque la constitution dans cet État conditionne l'exercice des activités sur son territoire. De même, la Cour internationale de Justice n'avait pas eu, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[46], à examiner la validité de cette exception, l'État responsable du préjudice n'étant pas, en l'espèce, celui où la société s'était constituée.

2. Faute d'une assise en droit international coutumier, les États-Unis doutent qu'un principe solide de bien public soutienne cette exception. Comme ils l'ont déjà souligné, cette exception créerait un régime dans lequel les actionnaires des sociétés constituées dans un État y auraient plus de droit pour réclamer la protection diplomatique de leurs intérêts que les actionnaires des sociétés de capitaux étrangers, qui ne pourraient compter que sur l'État de nationalité de la société pour faire valoir leur cause. Il n'est pas évident que cette solution soit juste.

### Ouzbékistan

(*Voir* supra *les commentaires relatifs au projet d'article 9*.)

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

(*Voir* supra *les commentaires relatifs au projet d'article 11*.)

[45] *Delagoa Bay Railway Co.* (Moore, *A Digest of International Law*, p. 647), problème résolu grâce à un accord entre les États-Unis, le Portugal et le Royaume-Uni pour déférer à l'arbitrage international la question des compensations dues aux actionnaires américains et britanniques pour l'expropriation par le Portugal d'une compagnie ayant sa nationalité; *Mexican Eagle (El Aguila)* [Whiteman, *Digest of International Law*, p. 1274], litige entre le Mexique et le Royaume-Uni né de la nationalisation par le Mexique de champs pétrolifères appartenant à des sociétés mexicaines contrôlées par des intérêts britanniques, réglé par un accord entre le Mexique et la société concernée; *Romano-Americana* (Hackworth, op. cit., p. 844), différend réglé grâce à l'offre roumaine de payer des compensations à la compagnie pétrolière roumaine pour ses avoirs saisis; *El Triunfo Company* (1902), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (numéro de vente: 1966.V.3), p. 467, accord entre El Salvador et les États-Unis pour déférer à l'arbitrage international la question des compensations dues aux actionnaires américains pour l'expropriation par El Salvador de biens appartenant à une société salvadorienne.

[46] Voir *supra* la note 26.

*Projet d'article 12. Atteinte directe aux droits des actionnaires*

### États-Unis d'Amérique

Pour les États-Unis, en disposant que l'État de nationalité des actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit en cas d'atteinte directe à leur droit, le projet d'article 12 codifierait une règle de droit international coutumier. Cette disposition est superflue. Les projets d'articles 2 et 3 précisent déjà qu'un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard des réclamations de ses nationaux lorsque les autres conditions du projet d'articles sont remplies. Les actionnaires étant des nationaux comme les autres, il n'y a pas de raison d'adopter un article à part pour signifier que leurs réclamations sont recevables. En revanche, si la Commission l'estime nécessaire, elle peut insérer dans les commentaires sur les projets d'articles 2 et 3 une phrase indiquant que les actionnaires sont également des nationaux qui peuvent bénéficier de la protection diplomatique s'ils subissent un préjudice.

*Projet d'article 13. Autres personnes morales*

### Autriche

L'Autriche souligne l'importance du projet d'article 13 eu égard à la diversité des personnes morales en droit interne autrichien.

### El Salvador

El Salvador recommande que le projet d'article fasse en outre référence aux projets d'articles 11 et 12, le cas échéant, les autres personnes morales pouvant également être des personnes physiques comparables aux actionnaires.

### Guatemala

1. Dans les systèmes issus du droit romain, il existe une catégorie hybride de sociétés commerciales à mi-chemin entre la société anonyme, dont le capital est réparti en actions, lesquelles marquent les limites de la responsabilité des actionnaires et sont librement cessibles, et le partenariat, dans lequel les actionnaires répondent pleinement des dettes de la société et ne peuvent pas facilement céder leur part des actifs. Cette catégorie intermédiaire est celle des sociétés à responsabilité limitée ou *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, en allemand. Les actionnaires des sociétés de ce type, qui existeraient aussi dans un certain nombre de pays de *common law* sous l'appellation de *limited liability companies*, sont assimilables à ceux des sociétés à responsabilité limitée, en ce qu'ils répondent des dettes de la société jusqu'à la limite – mais pas au-delà – de leur participation au capital. Cependant, le capital d'une société à responsabilité limitée n'est pas représenté par des actions.

2. Il ne fait aucun doute que la société à responsabilité limitée relève du projet d'article 13 et que par conséquent les dispositions des projets d'articles 9 et 10 lui sont, selon le cas, applicables. En revanche, à strictement parler, les projets d'articles 11 et 12 ne lui sont pas applicables,

puisqu'ils ne sont pas mentionnés dans le projet d'article 13. Néanmoins, le Guatemala est d'avis que les projets d'articles 11 et 12 devraient s'appliquer aux sociétés à responsabilité limitée et à leurs actionnaires.

3. Il faudrait donc, dans le projet d'article 13, remplacer «9 et 10» par «9 à 12», et le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 13 devrait mentionner explicitement la société à responsabilité limitée. Il sera alors clair qu'aux fins des projets d'articles 11 et 12 les actionnaires d'une société à responsabilité limitée seraient comparables à ceux d'une société anonyme.

### Pays-Bas

Les termes «qui luttent pour de nobles causes» du paragraphe 4 du commentaire sont inutiles et doivent être supprimés. Les Pays-Bas estiment que le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'État pour exercer la protection diplomatique offre un champ d'action suffisant.

### Qatar

Le Qatar voudrait appeler l'attention de la Commission sur le fait que l'indépendance est une des principales caractéristiques des organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme, lesquelles seraient couvertes par le projet d'article 13. Or, le Qatar craint que l'exercice du droit de protection diplomatique par l'État dont relève l'organisation puisse compromettre l'indépendance de celle-ci et nuire à ses relations avec ses différents interlocuteurs sur le plan international.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni considère qu'il s'agit là d'une proposition de développement du droit de la protection diplomatique, puisque les principes acceptés du droit international coutumier se limitent actuellement à la nationalité des sociétés. De nombreuses formes d'entités ne sont pas actuellement considérées comme ayant une personnalité juridique distincte dans le système juridique du Royaume-Uni. La pratique antérieure du Royaume-Uni, au moins en ce qui concerne les entreprises, partenariats et associations, a consisté à considérer que l'entité avait la nationalité des individus ou partenaires qui l'avaient créée. Le Royaume-Uni est favorable à une clarification du droit dans ce domaine, mais il estime que davantage d'explications, peut-être dans le commentaire, seraient utiles.

## Troisième partie

## RECOURS INTERNES

*Projet d'article 14. Épuisement des recours internes*

### Mexique

Le Mexique s'intéresse particulièrement à l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. Pour en assurer l'application correcte, il est essentiel de codifier les exceptions à cette règle. Comme il l'a déjà souligné dans ses commentaires sur les rapports de la Commission depuis 2003, le Mexique approuve dans l'ensemble le libellé de la règle et des exceptions qui lui sont apportées dans le projet d'articles actuellement à l'étude.

### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas proposent d'ajouter le passage suivant dans le commentaire relatif à l'article 14:

«Il n'est pas nécessaire que les recours internes aient été épuisés pour que s'exerce la protection diplomatique, tant qu'il ne s'agit pas d'une réclamation internationale. Voir *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987)*, paragraphe 703, commentaire *d*: "Le fait qu'un individu n'ait pas épuisé les recours internes n'empêche pas un État d'intervenir de manière informelle en son nom."»

2. Les Pays-Bas estiment par ailleurs qu'il doit être indiqué dans le commentaire s'il existe une quelconque différence entre «règle» et «principe».

3. Enfin, les Pays-Bas constatent que le commentaire manque de cohérence en ce qui concerne les réclamations. Le paragraphe 3 est quelque peu ambigu. En lisant ce paragraphe à la lumière du paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 1 et du paragraphe 6 du commentaire du projet d'article 5, on ne voit pas clairement si le terme «réclamation» doit être compris uniquement dans le sens d'une réclamation formelle.

*Paragraphe 1*

### Autriche

(*Voir «Observations générales»* supra.)

### États-Unis d'Amérique

1. Le paragraphe 1 du projet d'article 14 dispose qu'il ne peut être formulé de réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à un national que si «la personne lésée [a], sous réserve de l'article 16, épuisé tous les recours internes». Dans le commentaire accompagnant le projet d'article 14, la Commission explique que cet article vise à mettre en évidence la règle de l'épuisement des recours internes telle qu'elle ressort de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*, où la Cour a décidé 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[47]».

2. Les États-Unis reconnaissent que l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI* illustre bien le

[47] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15 et suiv., en particulier p. 46, par. 59.

droit international coutumier en matière d'épuisement des recours internes. Ils estiment toutefois que le paragraphe 1 du projet d'article 14 devrait être reformulé comme suit:

«L'État de la nationalité ne peut formuler une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée à l'article 8 avant que tous les recours internes aient été épuisés, sous réserve de l'article 16.»

3. Cette formulation rend mieux compte que l'actuel projet d'article du droit international coutumier, car elle permet, conformément à la jurisprudence *ELSI*, à une entité autre que la «personne lésée» de satisfaire la condition de l'épuisement des recours internes, à condition que la substance de la demande ait été épuisée devant une juridiction interne. Dans l'affaire *ELSI*, les États-Unis d'Amérique avaient introduit un recours contre l'Italie, alléguant que celle-ci, en réquisitionnant l'usine et d'autres avoirs de la société ELSI, avait violé le Traité d'amitié, de commerce et de navigation[48] entre les deux pays. Il n'était pas contesté que la société italienne ELSI, filiale dont les actions étaient entièrement détenues par deux sociétés américaines, Raytheon et Machlett, avait attaqué devant les juridictions italiennes, sans succès, la légalité de la saisie par l'Italie de son usine et de ses autres avoirs. L'Italie avait soulevé une exception préliminaire au motif que les États-Unis ne pouvaient pas formuler de réclamation au nom de Raytheon et Machlett, parce que les deux sociétés américaines n'avaient pas, indépendamment d'ELSI, attaqué la réquisition devant les juridictions italiennes et allégué que celle-ci violait le Traité.

4. La Cour internationale de Justice avait rejeté l'allégation de l'Italie selon laquelle la requête d'ELSI ne satisfaisait pas à la règle de l'épuisement des recours internes. Pour la Cour, le recours intenté par ELSI en contestation de la légalité de la réquisition, étant donné le lien de cause à effet entre cette réquisition et la faillite de la société, était en substance le même que celui introduit par les États-Unis auprès de la juridiction internationale. Dans ces conditions, la Cour avait dit que «la règle relative aux recours internes n'exige pas et ne saurait exiger qu'une demande soit présentée aux juridictions internes sous une forme et avec des arguments convenant à un tribunal international, celui-ci appliquant un autre droit à d'autres parties[49]». En d'autres termes, la Cour reconnaissait qu'un recours pouvait être épuisé au regard du droit international lorsque la substance de la requête avait été examinée par les juridictions internes, indépendamment de la question de savoir si la même personne ou entité bénéficiait ou non d'une protection diplomatique[50]. La formulation proposée reflète mieux l'arrêt *ELSI*, en supprimant l'obligation pour la «personne lésée», dont on suppose qu'elle est l'objet de la protection diplomatique, d'être la partie qui doit épuiser les recours internes.

[48] Signé à Rome le 2 février 1948 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 79, nº 1040, p. 171).

[49] Voir *supra* la note 47.

[50] Les recours avaient effectivement été épuisés dans l'affaire *ELSI*. La Cour a examiné la question de savoir si le droit italien ouvrait aux sociétés américaines un recours particulier, non offert à ELSI, qu'elles devaient épuiser. Elle a conclu que l'Italie n'avait pas prouvé l'existence d'un tel recours et a considéré par conséquent que les recours avaient été épuisés, ce qui a permis à la Cour de passer à l'examen du fond (ibid., p. 46 à 48, par. 60 à 63).

### Ouzbékistan

1. Selon le projet d'article 14, pour qu'une personne physique ou morale puisse jouir du droit d'être protégée par un État, elle doit avoir épuisé les recours internes et, dès lors, attendre un certain temps avant de recevoir la protection, compte tenu des diverses procédures imposées par les juridictions internes. L'efficacité de la protection diplomatique risque d'en être réduite.

2. Il faudrait donc, au-delà de l'épuisement des recours internes, indiquer les moyens d'offrir la protection et modifier en conséquence le projet d'article 16.

*Paragraphe 2*

### Autriche

L'Autriche comprend le projet d'article 14 dans un sens qui soustrait à la règle de l'épuisement des recours internes le recours aux juridictions internationales aux fins de la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il n'est donc pas exclu que l'exercice par un État de son droit à la protection diplomatique coexiste avec le recours d'un individu contre cet État devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cette situation peut s'expliquer si l'on reconnaît qu'il s'agit de deux causes différentes pouvant être plaidées devant deux instances différentes.

### Mexique

1. Le Mexique ne peut passer sous silence la définition de la notion de «recours internes» que la Commission a introduite au paragraphe 2 du projet d'article 14. Cette notion couvre les recours judiciaires et administratifs ouverts à une personne lésée devant les tribunaux, ordinaires ou spéciaux, de l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.

2. Le Mexique se réjouit de constater à cet égard que la Commission n'a pas perdu de vue l'arrêt *Avena*[51] de la Cour internationale de Justice au paragraphe 6 de son commentaire sur le projet d'article 14 concernant l'épuisement des recours internes. Comme l'a souligné la Commission, si les recours administratifs doivent eux aussi être épuisés, cela n'est vrai que des recours qui peuvent aboutir à une mesure de réparation. La personne lésée n'est pas tenue de s'adresser à l'exécutif de l'État où elle a épuisé les recours internes pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. Les recours internes ne comprennent pas les recours gracieux, tels que les recours en grâce.

### Ouzbékistan

1. Il serait nécessaire d'inclure le paragraphe 2 du projet d'article 14 dans un projet d'article intitulé «Termes employés» (voir «Autres commentaires et suggestions» *infra*) en vue de définir la notion de «recours internes».

2. Ce paragraphe devra aussi être revu. On pourrait rendre le texte plus intelligible en le formulant comme suit:

[51] *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12.

«Par “recours internes” on entend les recours ouverts à une personne lésée. Ils peuvent comprendre les recours devant les tribunaux judicaires ou administratifs ou les organes ordinaires ou spéciaux de l’État dont il est allégué qu’il est responsable du préjudice.»

*Projet d’article 15. Catégorie de réclamations*

### Autriche

1. L’Autriche se demande si l’intitulé de cette disposition correspond bien à la substance du projet d’article, ce dernier se rapportant essentiellement aux réclamations dites mixtes et à la question de savoir si le préjudice subi par l’État est direct, auquel cas l’épuisement des recours internes n’est pas exigé, ou indirect, auquel cas il l’est. La décision récente de la Cour internationale de Justice dans l’affaire *Avena*[52] a clairement mis en lumière le problème que pose cette distinction et la nécessité de la règle contenue dans le projet d’article.

2. Dans ses observations devant la Sixième Commission, l’Autriche s’est interrogée sur l’opportunité de garder dans ce projet d’article la mention de «demande de jugement déclaratif», puisque l’unique critère décisif dans ce cas était de savoir si le préjudice présumé subi par un État était direct ou non. Introduire un critère supplémentaire ne ferait que créer de la confusion. Le texte du projet d’article donnait à penser qu’il fallait distinguer la «demande de jugement déclaratif» de toute autre «réclamation internationale». Toutefois, vu les explications détaillées que contient le commentaire, l’Autriche ne tient plus à soulever cette question.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord

Le Royaume-Uni appuie l’adoption du critère de prépondérance tout comme il convient que l’accent doit être mis sur la nature du préjudice subi. Toutefois, dans la mesure où l’article 15 concerne des réclamations formulées au nom de non-nationaux comme prévu à l’article 8, le Royaume-Uni réitère ses observations précédentes concernant cet article, à savoir que le droit de formuler une réclamation au nom d’un non-national n’est pas reconnu par le droit international coutumier.

*Projet d’article 16. Exceptions à la règle de l’épuisement des recours internes*

### El Salvador

Bien qu’El Salvador soit d’accord avec le projet d’article quant au fond, il estime que son libellé est tantôt compliqué tantôt flou et pourrait prêter à confusion entre ses dispositions. Un libellé plus clair et plus précis permettrait de mieux présenter les exceptions à la règle.

### Mexique

(*Voir* supra *les commentaires relatifs au projet d’article 14*.)

1. En ce qui concerne les exceptions à la règle de l’épuisement des recours internes, le Mexique fait valoir qu’il y a une exception qui n’est couverte par aucun des alinéas du projet d’article 16, à savoir le cas où les recours internes n’ont pas à être épuisés en raison de la répétition prévisible du préjudice[53]. Il est en effet futile d’épuiser les recours internes s’il y a une possibilité réelle que l’acte se trouvant à l’origine du préjudice soit répété.

2. Le Mexique estime qu’il importe de disposer, dans le projet d’articles, qu’il incombe à l’État défendeur de prouver que les recours internes n’ont pas été épuisés en indiquant les recours dont le demandeur peut encore se prévaloir. Lorsqu’il peut être démontré qu’il existe encore de tels recours, la charge de la preuve de l’existence d’une exception à la règle de l’épuisement des recours internes incombe au demandeur[54].

### Ouzbékistan

(*Voir* supra *le commentaire relatif au paragraphe 1 du projet d’article 14*.)

*Alinéa* a

### Autriche

Pour l’Autriche, l’alinéa *a* du projet d’article 16 traite également de la disponibilité des recours internes, vocabulaire analogue à celui adopté par la Commission à l’alinéa *b* de l’article 44 du projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite[55], lorsqu’elle parle de «voies de recours internes disponibles et efficaces». Il semble raisonnable, pour harmoniser la terminologie, d’utiliser le libellé de cet article.

### Italie

1. L’Italie estime que la première exception à la règle de l’épuisement des recours internes, qui est aussi la plus importante, est formulée de façon trop sommaire et restrictive.

2. En premier lieu, il convient de prendre en compte le fait que la pratique et la jurisprudence internationales ont, au fil du temps, dégagé une série d’exception, à savoir la «non-existence», l’«inaccessibilité», la «non-effectivité» et l’«inadéquation» des recours internes. Il s’agit là de quatre concepts spécifiques, précis et autonomes, et il est très difficile de les faire tous entrer dans le critère dit de la «futilité» ou dans un critère analogue, tel que l’absence de «possibilité raisonnable d’obtenir une mesure de réparation efficace», utilisé à l’alinéa *a* du projet d’article 16. En fait, le texte de l’alinéa *a* n’inclut pas toutes les exceptions susmentionnées mais traite d’un problème légèrement différent: trouver le meilleur critère d’ordre pratique ou d’interprétation pour évaluer concrètement, dans chaque cas, la futilité des recours internes, en particulier du point de vue de leur ineffectivité. Le libellé de l’alinéa *a* est donc trop vague, incertain et générique, et il risque de ne pas couvrir toutes les exceptions susmentionnées, au détriment de la victime. L’Italie suggère de modifier l’alinéa *a* comme suit:

---

[52] Ibid.

[53] Voir Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, p. 206.

[54] Voir Jennings et Watts, *Oppenheim’s International Law*, p. 526.

[55] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 30, par. 76.

«Les recours internes sont inexistants, inaccessibles, non effectifs ou inadéquats.»

3. Deuxièmement, si la Commission n'accepte pas la suggestion susmentionnée et préfère maintenir une seule expression générique, l'Italie estime que le libellé actuel de l'alinéa *a* est trop restrictif, compte tenu des développements les plus récents de la règle de l'épuisement des recours internes non seulement dans le domaine de la protection diplomatique au sens strict, mais aussi dans celui des droits de l'homme. En fait, la pratique s'oriente vers un critère d'interprétation plus souple, qui serait mieux exprimé par la formule ci-après: «Les recours internes n'offrent aucune perspective raisonnable de succès.» Ce libellé a été envisagé, puis malheureusement rejeté, par le Rapporteur spécial, M. John Dugard. L'Italie estime cependant que le libellé actuel de l'alinéa *a* va à l'encontre de la tendance observée dans la pratique internationale et risque de rendre plus rigide, et moins favorable aux individus, l'application future de la règle de l'épuisement des recours internes.

### Qatar

1. Les exceptions définies aux alinéas *a*, *b* et *c* du projet d'article 16 sont si générales et si floues qu'elles risquent de rendre le projet d'article 14 inopérant. Elles risquent également de favoriser l'inobservation de la règle de l'épuisement des recours internes, dont l'application est une condition nécessaire à l'exercice du droit à la protection diplomatique. Elles pourraient en outre donner lieu à des sentences divergentes et conflictuelles, puisque les tribunaux devraient examiner les affaires au cas par cas pour déterminer si les recours internes ont été ou non épuisés, sans pouvoir recourir à un critère explicite pour déterminer si les exceptions énoncées dans le projet d'article 16 sont applicables.

2. Ces exceptions peuvent être acceptables dans les affaires concernant directement les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

L'alinéa *a* du projet d'article 16 explicite la notion de recours «efficace», la Commission tentant de trouver une formulation appropriée pour les cas où un recours est inefficace. En choisissant comme critère «aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace», la Commission a développé les principes existants. Le Royaume-Uni interprète ces dispositions comme n'obligeant pas un réclamant à saisir la juridiction supérieure lorsqu'il peut être établi qu'un tel appel n'aurait aucun effet. De même, un réclamant ne devrait pas être tenu d'épuiser les recours à la justice dans un État où il n'y a pas de justice. Le Royaume-Uni considère également que l'existence d'entraves ou d'un parti pris à l'encontre d'un réclamant qui s'efforce d'épuiser les recours internes peut constituer un déni de justice au préjudice du réclamant et le Royaume-Uni se réserve le droit d'intervenir au nom d'un réclamant qui est un ressortissant britannique pour obtenir réparation d'une telle injustice. Sous réserve de ces observations, le Royaume-Uni appuie d'une manière générale le développement du droit par la Commission dans ce domaine de la protection diplomatique.

### États-Unis d'Amérique

1. Dans le commentaire qui accompagne le projet d'article, la Commission explique qu'elle a examiné trois options avant d'adopter le critère de la «possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace». Elle a rejeté le critère de la «futilité manifeste» au motif qu'il «fixait la barre trop haut» pour ce qui était de prouver la futilité des recours internes. De même, elle a rejeté le critère de l'«absence de perspective raisonnable de succès[56]» adopté par la Commission européenne des droits de l'homme au motif qu'il aurait permis à trop de demandeurs de contourner la règle de l'épuisement des recours internes. Elle estime que le critère qu'elle a retenu fait la part des choses et est conforme à la pratique internationale.

2. Contrairement à la Commission, les États-Unis ne considèrent pas que le critère de «futilité manifeste» fixe la barre trop haut pour ce qui est de prouver la futilité des recours internes. Ils estiment, tout bien considéré, que ce critère a le double mérite de respecter la souveraineté des États et d'être conforme au droit international coutumier. Pour eux, le projet d'article devrait être libellé comme suit:

«Il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsqu'ils sont à l'évidence futiles ou inefficaces. L'épuisement des recours internes n'est pas à l'évidence futile ou inefficace si l'on peut raisonnablement escompter avoir accès à une instance susceptible de fournir une réparation efficace.»

3. Conformément aux principes du droit international coutumier applicables, un demandeur peut très rarement établir qu'il n'est pas tenu d'épuiser les recours internes. Il ne doit pas seulement démontrer que la perspective de succès est faible ou que de nouveaux pourvois en appel sont difficiles ou coûteux. Le critère à remplir pour que l'État soit tenu responsable sans que le demandeur ait à épuiser les recours internes est la futilité ou l'inefficacité manifeste de ces recours, et non l'absence de perspective raisonnable de succès ou l'improbabilité du succès, deux critères qui sont moins stricts[57]. Aux termes de l'alinéa *a* du projet d'article 16, l'examen de la futilité porterait essentiellement sur la question de savoir si la réparation est possible, ce qui aurait pour effet de mettre l'accent sur les chances de succès des recours, démarche non valable en droit international selon Amerasinghe. De plus, l'appréciation des chances de succès d'un recours est une entreprise extrêmement difficile. En revanche, la deuxième phase de l'alinéa proposé plus haut met l'accent sur l'existence d'une instance qui puisse raisonnablement fournir une réparation. On reconnaît ainsi que le véritable

[56] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 40, par. 3 du commentaire relatif à l'article 16.

[57] Amerasinghe, op. cit., p. 206. Voir aussi, par exemple, l'affaire *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre (Arbitrage relatif aux navires finlandais)*, 1934, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1504 (la règle excusant le non-épuisement des recours internes est «interprétée très strictement et, s'il existait un droit d'appel substantiel, faute de faire appel, on perdrait la possibilité d'invoquer l'épuisement des recours internes»); et Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, p. 824 («Un demandeur n'est toutefois pas dispensé d'épuiser les recours internes à raison de l'incapacité où il se trouve, du fait de sa pauvreté, de s'acquitter des dépenses que cela entraîne; de son ignorance de son droit d'appel; du fait qu'il a agi sur les avis d'un conseil; ou d'une prétendue impossibilité ou inutilité d'une action en justice auprès des tribunaux locaux»).

critère à appliquer en matière de futilité est de savoir si un système de droit interne est ou non raisonnablement capable de porter secours à un demandeur. Il faudrait donc mettre l'accent sur la disponibilité d'une instance efficace plutôt que sur la probabilité du succès de l'action entreprise auprès d'elle.

4. De plus, sur un plan général, la formulation susmentionnée est préférable à celle du projet d'article. Le but de la règle de l'épuisement des recours internes est de s'assurer qu'un État peut remédier, dans le cadre de son droit interne, aux violations du droit international[58]. La plupart des États, sinon tous, sont dotés d'un système juridique qui leur permet de remédier à leurs propres violations. Dans ces circonstances, le respect de la souveraineté de l'État exige que le demandeur tire parti du système juridique de l'État défendeur pour pouvoir invoquer la responsabilité de celui-ci dans une infraction au droit international. La formulation préconisée par les États-Unis, outre qu'elle est conforme au droit international, permettrait de faire en sorte que dans toutes les circonstances, sauf les plus extrêmes, un État ait la possibilité de remédier aux violations du droit international dans le cadre de son propre système juridique. Le projet d'article, au contraire, autoriserait le demandeur à saisir des instances internationales d'allégations d'infractions au droit international avant que le processus de rectification ait été mené à bien, ce qui compromettrait la souveraineté de l'État et le développement de l'état de droit dans les juridictions internes.

### Ouzbékistan

Il faudrait indiquer quel organe national ou international établirait quand il est «raisonnable» ou non d'épuiser les recours internes.

*Alinéa* b

### Italie

L'Italie estime qu'il faudrait inclure à l'alinéa *b* non seulement le retard abusif dans la procédure de recours mais aussi le déni de justice. En fait, la pratique internationale montre qu'il est fait exception à la règle de l'épuisement des recours internes lorsque (à n'importe quel stade de la procédure de recours) les juridictions internes refusent de rendre la justice[59] ou n'ont pas l'indépendance nécessaire[60], ou rendent un jugement manifestement injuste ou entaché de mauvaise foi, ou encore violent les droits de procédure fondamentaux de l'individu[61]. Or, l'exception du déni de justice ne se déduit pas aisément de l'alinéa *a* de l'article 16. L'alinéa *b* devrait donc être modifié comme suit:

«Il y a eu un déni de justice ou la procédure de recours connaît un retard abusif imputable à l'État dont la responsabilité est mise en cause.»

### Qatar

(*Voir* supra *les commentaires relatifs à l'alinéa* a.)

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni appuie l'alinéa *b* de l'article 16, qui codifie le droit existant en matière de retard abusif.

*Alinéa* c

### Autriche

Bien que l'Autriche soit favorable à la limitation de la protection diplomatique prévue à l'alinéa *c*, elle aimerait que la circonstance particulière que constitue l'absence d'un lien pertinent soit définie de manière plus élaborée. On ne saisit pas non plus clairement, à la lecture de l'alinéa, à quel stade il doit y avoir absence d'un lien pertinent. Dans le cas où la personne lésée a quitté le territoire de l'État où elle a subi le préjudice, par exemple, l'État dont elle a la nationalité peut-il bénéficier de l'exception définie à l'alinéa *c* ou l'existence d'un lien pertinent était-elle nécessaire pour que s'applique la règle de l'épuisement des recours internes? Le libellé de l'alinéa ne permet pas de répondre clairement à cette question. À moins d'indiquer sans ambiguïté que c'est au moment où le préjudice est causé qu'il ne doit pas y avoir de lien pertinent, on pourrait lier l'absence de ce lien avec le caractère «raisonnable» de l'utilisation des recours internes: ainsi, le seul cas où les recours internes n'auraient pas à être épuisés serait celui où il n'y aurait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable et où il serait déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes. Dans cette perspective, on pourrait aussi envisager de supprimer le premier membre de phrase de l'alinéa *c*, lequel ne traiterait plus que du cas où «les circonstances de l'espèce font […] qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes». Le commentaire pourrait illustrer ce cas en se référant à l'absence d'un lien pertinent. Cette solution aurait cependant l'inconvénient de ne pas prévoir l'abus éventuel de cette disposition par une personne lésée qui quitterait tout bonnement le territoire de l'État réputé responsable pour ne pas avoir à épuiser les recours internes, privant ainsi cet État de la possibilité de réparer le préjudice par ses propres moyens. Compte tenu de l'objectif fondamental de la règle de l'épuisement des recours internes, qui est de donner à l'État réputé responsable la possibilité de remédier au préjudice, il ne fait pas de doute qu'il faut empêcher de tels abus.

### Italie

1. L'Italie pense que la disposition énoncée à l'alinéa *c* devrait être scindée en deux parties à insérer dans des alinéas différents, puisqu'elle traite de deux exceptions

---

[58] Voir l'*Affaire de l'Interhandel*, arrêt du 21 mars 1959, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 6 et suiv., en particulier p. 27.

[59] Affaire *Cotesworth et Powell*, dans La Pradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, p. 695.

[60] Affaires suivantes: *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente: 1955.V.3), p. 124 et suiv.; *Don Pacifico*, Moore, *A Digest of International Law*, p. 853; *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *C.P.J.I. série C, nº 86*, p. 195; et *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie; États-Unis d'Amérique c. Bulgarie; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Bulgarie)*, p. 327.

[61] *Salem* (1932), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 1202; et *B. E. Chattin (United States) v. United Mexican States* (1927), ibid., vol. IV (numéro de vente: 1951.V.1), p. 288 et suiv.

différentes à la règle de l'épuisement des recours internes: *a*) «il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable»; et *b*) «les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes». Il n'y a pas vraiment de lien entre ces deux exceptions. De plus, tel que l'alinéa *c* est actuellement rédigé, il n'apparaît pas clairement si l'absence d'élément de rattachement valable suffit à elle seule pour constituer une exception, ou s'il faut en outre qu'elle rende déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes (comme on pourrait peut-être le déduire du paragraphe 7 du commentaire sur le projet d'article 16).

2. Cela dit, l'Italie estime que la deuxième des exceptions susmentionnées (qui a trait aux circonstances de l'espèce) devrait être formulée de façon plus large et, à la fois, plus précise, en reprenant l'expression consacrée «circonstances particulières[62]» et en énumérant expressément dans le projet d'article 16 (ou tout au moins dans le commentaire) les «circonstances particulières» les plus importantes qui peuvent être déduites de la pratique internationale.

3. Les «circonstances particulières» sont prises en compte dans la pratique existante dans le domaine de la protection diplomatique au sens strict et, plus souvent encore, dans le domaine des droits de l'homme. En outre, la pratique dans les deux domaines permet de distinguer les principales circonstances particulières à caractère objectif et subjectif qui rendent extrêmement difficile l'épuisement des recours internes par l'individu lésé. Ces circonstances particulières sont: *a*) des difficultés sérieuses et objectives d'ordre pratique, notamment à raison de l'éloignement[63]; *b*) les situations de danger, les risques de représailles ou de sérieux dommages et les frais de justice exorbitants[64]; *c*) des conditions générales de dysfonctionnement du système d'administration de la justice ou d'instabilité de l'ensemble du mécanisme gouvernemental[65]; *d*) des mesures législatives ou des pratiques administratives illicites[66]; et *e*) les situations de violations graves et systématiques des droits de l'homme[67]. Les trois dernières circonstances sont les plus importantes et les plus pertinentes dans la pratique récente.

4. Toutefois, l'Italie note que l'alinéa *c* du projet d'article 16, tel qu'il est actuellement formulé, n'accorde qu'une importance marginale et résiduelle à cette exception. Cela est aussi confirmé par le commentaire qui est très laconique et qui, en ne citant à titre d'exemple que quelques circonstances, passe sous silence les plus importantes.

5. L'Italie, pour sa part, attache une grande importance à cette exception et estime que l'insertion dans le projet d'une exception explicite et autonome concernant les «circonstances particulières», suivie d'une liste illustrative qui prenne en compte la pratique récente dans le domaine des droits de l'homme, apporterait une remarquable contribution au développement progressif du droit international en ce qui concerne les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes.

### Pays-Bas

Les Pays-Bas estiment qu'il faudrait adopter le commentaire énoncé au paragraphe 11 de manière à ce que le projet d'article couvre à la fois le «déni juridique» et le «déni factuel».

### Qatar

(*Voir* supra *les commentaires relatifs à l'alinéa* a.)

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni considère que l'alinéa *c* du projet d'article 16 est une proposition de développement progressif du droit international coutumier qui, actuellement, n'exige pas de lien volontaire ou de rattachement territorial, et ne contient pas de dispositions quant aux circonstances. Le Royaume-Uni souhaiterait davantage d'explications, en particulier en ce qui concerne le «lien pertinent» exigé.

### États-Unis d'Amérique

1. Selon l'alinéa *c* du projet d'article 16, un demandeur n'aurait pas à épuiser les recours internes lorsqu'il n'y a pas de «lien pertinent» entre la personne lésée et l'État responsable ou que l'épuisement des recours internes est «déraisonnable». Le commentaire accompagnant le projet d'article explique que la première de ces deux exceptions vise à prendre en compte le cas où un demandeur, bien que n'ayant pas eu l'intention d'établir un lien avec l'État défendeur, subit un préjudice par le fait d'un acte de cet État. Il fournit des exemples classiques de ce type de situation, à savoir ceux de la pollution transfrontière et de l'avion s'égarant dans l'espace aérien d'un autre État. La seconde exception vise, selon le commentaire, à autoriser des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes au cas par cas, lorsque l'application de cette règle apparaît «déraisonnable».

---

[62] *Annuaire… 2002*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/523 et Add.1, p. 70, art. 15, par. 2.

[63] *John W. Carmalt*, dans La Pradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, p. 126; *M. S. Perry*, ibid., p. 127; et *C.I.J. Mémoires, Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, vol. I, p. 416.

[64] *Neptune*, dans Schwarzenberger, *International Law*, p. 244, et dans La Pradelle et Politis, op. cit., p. 139 et suiv.; *Nottebohm* (voir *supra* la note 63), p. 408.

[65] *Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil des arrêts et décisions 1996-IV*, p. 1211, par. 69; *Aksoy c. Turquie*, ibid., p. 2276 et 2277, par. 52 à 57; et *Godínez Cruz c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, no 5 (1989), par. 58; etc.

[66] *Donnelly et autres c. Royaume-Uni*, Conseil de l'Europe, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* (1976), p. 147; *Akdivar* (voir *supra* la note 65), p. 1210, par. 67; *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, no 4 (1988), par. 68; etc.

[67] *Dermit Barbato c. Uruguay*, décision du 21 octobre 1982, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, Supplément no 40* (A/38/40), annexe IX, p. 132; *Free Legal Assistance Group v. Zaïre*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *International Human Rights Reports* (1997), p. 92; *Amnesty International v. Sudan*, ibid. (2001), p. 261; etc.

2. Les États-Unis conviennent qu'une exception à la règle de l'épuisement des recours internes est justifiée lorsqu'il n'y a pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État responsable mais proposent d'éliminer le second membre de phrase de l'alinéa, concernant le caractère «déraisonnable», afin d'éviter les libellés imprécis et de portée trop large. Ils souhaiteraient donc que l'alinéa *c* du projet d'article 16 soit reformulé comme suit:

«Il n'est pas nécessaire d'épuiser les recours internes lorsqu'il n'y a pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable.»

3. Les États-Unis proposent d'éliminer le membre de phrase prévoyant une exception à la règle de l'épuisement des recours internes lorsque les circonstances de l'espèce font qu'il est déraisonnable d'exiger l'application de cette règle parce que cette exception n'est pas étayée par le droit international coutumier ni justifiée par des préoccupations d'intérêt général. Ils estiment que la formulation de l'alinéa *c* est floue et entoure l'application de la règle de l'épuisement des recours internes de trop d'incertitude. Les exceptions définies dans le reste du projet d'article définissent avec précision les situations où cette règle n'a pas à être appliquée, y compris celles énumérées au paragraphe 11 du commentaire. L'inaccessibilité matérielle des tribunaux, l'obstruction faite par des éléments criminels à la procédure judiciaire et un coût prohibitif sont autant d'éléments qui pourraient rendre un recours interne «à l'évidence futile» et, conformément à l'alinéa *a* du projet d'article, retireraient tout caractère de nécessité à la règle de l'épuisement des recours internes. Aucune autre exception n'est donc à prévoir.

4. Les États-Unis estiment également qu'il faudrait rendre le commentaire plus précis en indiquant que le survol du territoire d'un État ne constitue pas à lui seul un «lien pertinent» exigeant que l'on épuise les recours internes. Il est dit clairement dans le commentaire qu'un avion qui s'égare dans l'espace aérien d'un État n'établit pas un tel lien avec cet État mais les États-Unis estiment que, lorsqu'un avion survole un État en suivant son plan de vol, il n'en établit pas non plus. La règle de l'épuisement des recours internes est trop contraignante dans ces circonstances, eu égard au caractère ténu du lien entre la personne lésée et l'État responsable. En revanche, un commerçant expédiant des marchandises par camion dans un État via le territoire d'un autre État a un lien plus tangible avec ce dernier, y compris la possibilité d'en saisir les tribunaux pour protéger ses biens. Dans ces circonstances, un «lien pertinent» – en l'espèce commercial et territorial – est effectivement établi, qui rend obligatoire l'épuisement des recours internes.

*Alinéa* d

### Guatemala

1. Le principe selon lequel la renonciation d'un État à l'un de ses droits doit être explicite est bien établi par le droit international coutumier. Les paragraphes 12, 15, 16 et 17 du commentaire relatif au projet d'article 16 n'en soulèvent cependant pas moins un certain nombre de questions concernant l'applicabilité de ce principe au droit qu'a un État d'exiger l'épuisement des recours internes.

2. Il faut toutefois souligner que souvent, sinon le plus souvent, l'applicabilité du principe susmentionné ne crée aucun problème. Lorsqu'un accord d'arbitrage est conclu pour régler un différend déjà né dans une affaire où, en temps normal, la règle de l'épuisement des recours internes serait applicable à l'un des deux États parties, on ne peut pas dire que l'autre État renonce, expressément ou tacitement, à son droit d'exiger l'épuisement des recours internes. Il s'agit en fait de tout autre chose: une règle du droit international coutumier, à savoir celle exigeant l'épuisement des recours internes, est, en vertu du principe qui veut que les circonstances exceptionnelles l'emportent sur les circonstances normales, rendue inopérante par les dispositions contradictoires d'un traité. Le simple fait que la renonciation soit essentiellement unilatérale montre bien qu'il est incorrect de parler de renonciation dans ce cas. Lorsque des traités prévoient le règlement par arbitrage de différends futurs dans des affaires qui exigeraient en temps normal que s'applique la règle de l'épuisement des recours internes, on les interprète pour déterminer s'ils prescrivent ou non l'inapplicabilité de cette règle. S'il est établi que l'un d'eux la prescrit, on ne peut, de ce fait, conclure qu'il a été dérogé à la règle de l'épuisement des recours internes.

### Maroc

Le Maroc propose de supprimer l'alinéa *d* du projet d'article 16 parce que la disposition qu'il énonce s'écarterait d'un important principe du droit international et n'a en outre aucune importance concrète.

### Qatar

L'exception énoncée à l'alinéa *d* est acceptable étant conforme aux principes généraux du droit.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

L'alinéa *d* du projet d'article 16, qui prévoit la renonciation à l'épuisement des recours internes, doit être examiné plus avant. Toute renonciation à une exigence aussi fondamentale du droit international coutumier doit être expresse; permettre une renonciation implicite en l'absence d'intention expresse est contraire au droit international positif. Toute règle en matière de renonciation qui sera adoptée doit être d'interprétation stricte, car une telle règle protège aussi d'autres intérêts que ceux de l'État auteur de la renonciation. La Commission pourra également souhaiter se demander si une renonciation est possible s'il existe une disposition conventionnelle expresse exigeant l'épuisement des recours internes.

### Ouzbékistan

Il faudrait ajouter le membre de phrase suivant après le mot «épuisés»: «ou son action ou son inaction valent renonciation».

QUATRIÈME PARTIE

## DISPOSITIONS DIVERSES

### Ouzbékistan

La quatrième partie devrait s'intituler «Autres dispositions» et non «Dispositions diverses».

*Projet d'article 17. Actions ou procédures autres que la protection diplomatique*

### Autriche

Le projet d'article 17 n'excluant pas les moyens juridiques de garantir les droits des personnes autres que la protection diplomatique, il pourrait ouvrir la voie à l'exercice des mêmes procédures devant différents fors et, peut-être, à des contrariétés de décisions. Ce risque doit cependant être toléré dans l'intérêt de la protection des droits des personnes.

### El Salvador

On n'oubliera pas que la protection diplomatique permet à l'État de faire sienne la cause de l'un de ses nationaux, et ne confère pas à un national le droit d'obtenir de son État qu'il exerce une protection diplomatique en son nom par suite d'un préjudice causé par un autre État. La protection diplomatique n'étant pas, de ce fait, l'équivalent des mesures de protection prévues par le droit international des droits de l'homme, le texte du projet d'article 17 devrait le préciser.

### Italie

1. Cet article comprend une clause de sauvegarde permettant à l'État, ou à la personne devant être protégée, d'engager des actions ou procédures autres que la protection diplomatique conformément au droit international. Le commentaire (par. 4) cite, parmi de telles procédures, celles prévues dans les diverses conventions internationales relatives aux droits de l'homme, ou celles visant à créer des mécanismes de protection des investissements. Dans le commentaire également (par. 6, dernière phrase), la Commission indique que même dans le cas où l'État a recours à une telle procédure, il n'abandonne pas son droit d'exercer la protection diplomatique en faveur de son national.

2. L'Italie souligne l'importance de la dernière partie du paragraphe 6 du commentaire. À son avis, toutefois, elle pourrait être améliorée et l'idée qui y est exprimée devrait figurer dans le texte même du projet d'article 17. En fait, lorsqu'une procédure autre que la protection diplomatique – que ce soit l'État ou l'individu devant être protégé qui y ait recours – débouche sur une décision contraignante adoptée par un juge totalement impartial et indépendant, le droit d'exercer la protection diplomatique ne devrait plus exister. Il ne devrait plus y avoir de raison d'exercer l'action diplomatique dans un tel cas, puisque la procédure engagée offre une élimination plus sûre des conséquences du fait illicite qui pourrait avoir été commis. Cette remarque ne vaut pas lorsque la procédure autre que la protection diplomatique est engagée devant un organe (par exemple le Comité des droits de l'homme créé par l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) qui n'a pas compétence pour prendre des décisions contraignantes. Dans ce cas, l'État ne peut être forcé d'abandonner son droit d'exercer la protection diplomatique, puisque l'État auteur du préjudice qui a été constaté par cet organe n'est pas contraint de se plier à la décision de ce dernier ni d'en subir les conséquences.

3. L'Italie suggère donc d'adopter dans le projet d'article 17 une approche qui permette de coordonner la protection diplomatique et les procédures autres que cette protection sur la base du critère susmentionné. Elle a conscience que la Commission a rejeté une proposition d'un de ses membres visant à considérer les recours concernant des questions ayant trait aux droits de l'homme comme la *lex specialis* dans le contexte des règles sur la protection diplomatique (voir commentaire, par. 7) et admet que, dans le cas d'une procédure autre que la protection diplomatique, une telle proposition serait certainement excessive. L'Italie estime, toutefois, que cette proposition serait plus que raisonnable si elle visait uniquement la catégorie plus étroite susmentionnée des recours juridictionnels.

### Pays-Bas

1. Il faudrait supprimer les termes «en vertu du droit international». Les Pays-Bas sont d'avis que le droit de présenter un mémoire d'*amicus curiae* à l'occasion d'un procès interne, comme l'Union européenne l'a fait à l'occasion d'affaires judiciaires aux États-Unis, ne doit pas être remis en cause.

2. Les Pays-Bas estiment également qu'à l'exemple du projet d'article 19 le présent projet d'article devrait être modifié comme suit:

«Le droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager des actions ou procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice subi à raison d'un fait internationalement illicite n'est pas affecté par les présents projets d'article.»

### Qatar

1. Il n'est pas nécessaire de réaffirmer le droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager des actions ou procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice subi à raison d'un fait internationalement illicite car il s'agit là d'un droit inaliénable des États et des personnes reconnu par le droit international.

2. Il est également sans intérêt d'y réaffirmer le droit des États et des personnes de se prévaloir des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. En tout état de cause, le Qatar estime que ces instruments offrent aux États et aux personnes plus de garanties que la

protection diplomatique car ils reposent sur des règles de droit appropriées et souples qui permettent à l'individu de recouvrer ses droits en cas de violation de ses libertés et droits essentiels.

3. Compte tenu de ce qui précède, le Qatar se rallie à l'opinion selon laquelle il faudrait fusionner les articles 17 et 18 et propose le libellé suivant:

«Les présents projets d'article ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec des dispositions conventionnelles spéciales, y compris celles qui ont trait au règlement des différends opposant des sociétés ou leurs actionnaires à des États.»

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni appuie le projet d'article 17 dans la mesure où il protège des droits découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme et d'autres instruments et principes du droit international coutumier. Il propose que l'on examine plus avant la possibilité que plusieurs réclamations soient formulées simultanément dans différentes instances.

(*Voir* infra *les commentaires relatifs au projet d'article 18*.)

### Ouzbékistan

Il faudrait insérer les dispositions du projet d'article 17 dans le projet d'article intitulé «Termes employés» (voir Autres commentaires et suggestions *infra*) afin de définir l'expression «autres moyens de règlement pacifique» (utilisée dans le projet d'article 1).

*Projet d'article 18. Dispositions conventionnelles spéciales*

### Autriche

Renvoyant à ses observations sur le projet d'article 4 concernant la nationalité, l'Autriche fait valoir que certaines des dispositions du projet d'article pourraient être remplacées par certaines règles du droit coutumier bilatéral ou régional telles que celles intéressant la question de la nationalité. Elle propose donc de viser uniquement la *lex specialis* ou les seules «règles spéciales de droit international» invoquées dans l'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite intitulé *Lex specialis* (art. 55[68]).

### El Salvador

Le projet d'article énonçant une idée semblable à celle exprimée dans le projet d'article 17, il serait souhaitable de fusionner les deux articles.

### Maroc

1. Le texte du projet d'article présente des ambiguïtés à un double titre. Premièrement, [dans la version française] on ne sait pas à quoi renvoie le membre de phrase «il est incompatible». S'il renvoie aux mots «présents articles», il devrait porter la marque du pluriel.

2. Deuxièmement, le projet d'article parle de conventions spéciales, ce qui laisse entendre qu'il y a des traités ordinaires et des traités spéciaux, alors qu'en droit international, en particulier dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, on ne trouve nulle part l'expression «conventions spéciales». Il est donc proposé, soit de faire référence à des règles spéciales, comme cela a été fait pour la responsabilité internationale des États et des organisations internationales, soit de modifier la première partie de la phrase comme suit: «incompatible avec les régimes spéciaux prévus par les traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements».

### Qatar

(*Voir* supra *les commentaires relatifs au projet d'article 17*.)

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni approuve le transfert de cette disposition à la fin du projet d'articles et considère qu'il a été amélioré par rapport aux versions antérieures. Il serait toutefois utile de clarifier, dans le commentaire, la relation entre le projet d'article 18 et le projet d'article 17, qui pourrait aussi s'appliquer aux traités relatifs aux investissements.

*Projet d'article 19. Équipages des navires*

### Autriche

Bien que l'idée sous-jacente au projet d'article 19 soit certainement confirmée par la pratique, il faudrait réexaminer l'économie du projet d'article, son libellé actuel pouvant avoir des effets imprévus. On peut se demander si le droit qu'a l'État de la nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ces derniers est affecté si la condition posée dans la dernière partie de la phrase n'est pas satisfaite. Un tel résultat n'étant certainement pas voulu, il est proposé, premièrement, de souligner le droit qu'ont les deux États concernés – l'État de la nationalité et l'État du pavillon – d'exercer leur protection diplomatique et, deuxièmement, de stipuler que le droit de l'un n'affecte pas celui de l'autre.

### Belgique

La Belgique est d'avis que, dans le cadre d'un processus de développement progressif, et vu l'accroissement des transports aériens et le caractère de plus en plus plurinational des personnels de bord, une extension de cette disposition aux équipages des aéronefs se justifie.

### Mexique

1. Pour ce qui est du projet d'article 19 relatif aux équipages des navires, le Mexique reconnaît que la codification établie par la Commission reflète bien le droit international et la pratique en la matière. Il note par

[68] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 31.

ailleurs avec satisfaction que les observations formulées ces dernières années par la délégation mexicaine sur ce sujet précis ont été prises en compte par la Commission dans ses travaux.

2. Le fait que l'État de la nationalité puisse exercer une protection diplomatique et que l'État du pavillon ait le droit de demander réparation au profit de l'équipage d'un navire marque incontestablement un progrès fondamental dans le sens du plein respect des droits de l'homme de ces personnes. On notera cependant que le paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 19 ne résout pas le problème qui se pose dans le cas où les deux États entreprennent tous deux d'obtenir réparation.

3. Le Mexique demande donc à la Commission d'étudier ce cas de figure afin qu'elle puisse aborder la question de la double réparation dans le projet d'articles ou dans le commentaire relatif au projet d'article 19.

### Pays-Bas

(*Voir* supra *les commentaires relatifs au projet d'article 17*.)

Il conviendrait d'incorporer le projet d'article dans le projet d'article 8, ce qui serait plus conforme à l'économie du projet d'articles.

### Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Les pays nordiques souscrivent pleinement à la solution retenue par le projet d'article 19, selon laquelle le droit qu'a l'État du pavillon d'exercer une protection diplomatique n'exclut pas que l'État de la nationalité des membres de l'équipage d'un navire puisse exercer le même droit, et vice versa. C'est là un principe très important, qui confirme les importantes mesures de protection prévues par le droit de la mer.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Les modifications apportées à l'article 19 reflètent l'arrêt rendu dans l'affaire *Saiga*[69]. Comme la Commission, le Royaume-Uni estime que des considérations pratiques justifient que l'État du pavillon puisse formuler des réclamations dans le contexte de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Dans la mesure où cet article est controversé en ce qu'il peut constituer un développement du droit international coutumier, le Royaume-Uni estime qu'il pourrait être omis du projet d'articles sur la protection diplomatique, car il ne concerne pas l'exercice de la protection diplomatique au sens où cette notion est actuellement entendue en droit international.

### États-Unis d'Amérique

1. Le projet d'article 19 affirme le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ces nationaux, sans préjudice du droit qu'a l'État de nationalité du navire de demander réparation au bénéfice des membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés à la suite d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite. Le commentaire accompagnant ce projet d'article indique que le droit international n'est pas concluant quant au droit d'un État d'étendre le bénéfice de sa protection à des marins qui n'ont pas sa nationalité, mais conclut que la jurisprudence penche plutôt pour la reconnaissance de ce droit. La Commission, tout en prenant soin de souligner que le droit de demander réparation n'est pas de la protection diplomatique, explique cependant qu'il en est très proche.

2. Les États-Unis accueillent avec satisfaction le fait qu'il soit précisé dans le commentaire que le projet d'article 19 n'a pas pour but de conférer à l'État de nationalité d'un navire le droit d'exercer la protection diplomatique au profit de membres d'équipage qui ne sont pas de sa nationalité. Comme les États-Unis l'ont expliqué dans leurs commentaires de mai 2003[70], une grande incertitude prévaut sur la question de savoir si le droit international coutumier permet à l'État de nationalité d'un navire de protéger les membres d'équipage contre un État tiers.

3. Toutefois, ne concernant pas la protection diplomatique, ainsi que le reconnaît clairement la Commission dans son commentaire, cette disposition échappe dès lors, de l'avis des États-Unis, au domaine de ce projet d'article et doit être omise. Dans sa résolution 51/160 datée du 16 décembre 1996 l'invitant à l'examen de ce projet, l'Assemblée générale demandait à la Commission de traiter la seule question de la «protection diplomatique». Un groupe de travail de la Commission l'a informée à sa quarante-neuvième session que, conformément à ce mandat, le projet d'articles serait consacré à la protection diplomatique *stricto sensu*[71]. Aussi, ce projet étant destiné à codifier les règles de la protection diplomatique uniquement, étendre le projet d'articles au droit d'un État de demander réparation au nom des membres d'un équipage risquerait-il de créer la confusion quant au domaine d'application du projet d'articles dans son ensemble et serait, de ce fait, inopportun. Il conviendrait mieux de renvoyer cette question à d'autres instruments de droit international tels que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

4. Il est dit dans le commentaire sur le projet d'article 19 que ce texte a pour objet, entre autres, d'affirmer que l'État de nationalité des membres d'un équipage peut épouser les réclamations de ces derniers. Tout en admettant que ce principe est reconnu par le droit international coutumier, les États-Unis trouvent superflu de l'énoncer ici. Les projets d'articles 2 et 3 précisent qu'un État a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard des réclamations de ses nationaux lorsque les autres conditions prévues dans le projet d'articles sont remplies. Les membres d'un équipage étant des nationaux comme les autres, il n'y a pas lieu d'adopter un projet d'article séparé stipulant que leurs réclamations sont recevables. En revanche, si la Commission l'estime nécessaire, il

[69] *Affaire du navire* «Saiga» *(n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10.

[70] Disponible dans les archives de la Division de la Codification, Nations Unies, New York.

[71] *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), p. 61, par. 176.

peut être mentionné dans le commentaire sur les projets d'articles 2 et 3 que les membres d'un équipage sont eux aussi des nationaux pouvant bénéficier de la protection diplomatique s'ils subissent des préjudices.

*Autres commentaires et suggestions*

### Pays-Bas

1. Au chapitre IV du cinquième rapport du Rapporteur spécial, il est proposé de remplacer les projets d'articles 17 et 18 par deux «clauses de sauvegarde». La première clause, proposée à la place du projet d'article 17, se lit comme suit:

*Article 26*

Les présents articles sont sans préjudice du droit qu'un État autre qu'un État habilité à exercer sa protection diplomatique ou un individu peut posséder en raison d'un fait internationalement illicite[72].

Les Pays-Bas appuient ce projet d'article.

2. La seconde clause, qui est une variante du projet d'article 21, fusionne les deux projets d'articles 17 et 18 en un seul, ainsi libellé:

Les présents articles sont sans préjudice des droits des États ou des personnes d'invoquer des procédures autres que la protection diplomatique pour obtenir réparation du préjudice que leur a causé un fait internationalement illicite [qui peut aussi habiliter l'État national de la personne lésée à exercer sa protection diplomatique][73].

Les Pays-Bas jugent cette «clause de sauvegarde générale[74]» également acceptable.

3. Le sixième rapport sur la protection diplomatique[75] traite de la doctrine des «mains propres». Les Pays-Bas se rallient aux conclusions du Rapporteur spécial.

### États-Unis d'Amérique

1. Les États-Unis n'ont pas pu examiner toutes les assertions, notes de bas de page et citations figurant dans les commentaires. Cependant, ils ont constaté à la lecture de ces derniers que des affaires ou des traités y sont souvent invoqués à l'appui de propositions qu'ils n'étayent apparemment pas. Les États-Unis invitent donc la Commission à vérifier avec soin l'exactitude des commentaires et de la présentation qui y est faite des sources citées.

2. Les États-Unis demandent à la Commission de préciser dans les commentaires quels sont les projets d'article qui, à ses yeux, relèvent du développement progressif du droit international, par opposition à la codification du droit international coutumier. Par exemple, tout en ne trouvant rien à redire au projet d'article 8, les États-Unis estiment que celui-ci relève clairement du développement progressif du droit et devrait être présenté comme tel.

### Ouzbékistan

L'Ouzbékistan estime nécessaire de préciser, dans un article intitulé «Termes employés», la définition des termes suivants utilisés dans le projet d'articles: «nationalité d'une personne juridique» [version russe], «nationalité d'une société», «constitution d'une société», «État de constitution», «dommages corporels», «dommages causés à des biens», «dommages causés à des droits personnels non réels», etc.

*Commentaires sur la forme définitive*

### Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

Pour les pays nordiques, il est souhaitable de passer assez rapidement à l'adoption du projet d'articles en seconde lecture. De plus, ils estiment que, pour renforcer la clarté et la prévisibilité dans ce domaine important du droit, il faudrait adopter, sous forme de convention, dans un délai relativement court, les dispositions portant sur la protection diplomatique.

---

[72] *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/538, chap. IV.A, p. 57.

[73] Ibid., chap. IV.B, p. 57.

[74] Ibid., par. 42.

[75] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/546, p. 1.

*Annexe*

## ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD: RÈGLES RELATIVES AUX RÉCLAMATIONS INTERNATIONALES

1. Fondement des règles

Les règles du Royaume-Uni et leurs commentaires ont paru dans diverses publications, par exemple dans *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37 (1988), p. 1006 à 1008. Ces règles reposent sur les principes généraux du droit international coutumier.

Il peut parfois être possible et opportun de faire des représentations informelles même lorsque la stricte application des règles ci-après interdit la formulation d'une réclamation officielle.

Les règles ne traitent pas de la question plus complexe de savoir quelle conduite de l'État constitue une violation du droit international engageant sa responsabilité. Cette question est envisagée de manière plus exhaustive au chapitre 4.

2. Règles concernant la nationalité du réclamant

**Article I**

Le Gouvernement de Sa Majesté n'endosse la réclamation que si le réclamant est un national du Royaume-Uni et qu'il l'était à la date du préjudice.

*Commentaire*

Le droit international exige que, pour qu'une réclamation puisse être formulée, le réclamant soit un national de l'État qui la formule, tant au moment où le préjudice a été causé que, sans interruption, jusqu'à la date de la formulation officielle de la réclamation. Toutefois, en pratique, il a jusqu'ici suffi de prouver que cette condition de nationalité était remplie à la date du préjudice et à celle de la présentation de la réclamation (voir «Nationality of claims: British practice» par I. M. Sinclair, *The British Year Book of International Law*, 1950, vol. 27, p. 125 à 144).

L'expression «national du Royaume-Uni» désigne:

*a*) Tous les nationaux du Royaume-Uni qui entrent dans l'une des catégories prévues par le *British Nationality Act 1981* (ou une des catégories correspondantes établies par des textes antérieurs):

i) citoyens britanniques;

ii) citoyens de territoires britanniques dépendants;

iii) ressortissants britanniques (outre-mer);

iv) citoyens britanniques d'outre-mer;

v) sujets britanniques relevant de la partie IV de la loi;

vi) personnes protégées britanniques.

*b*) Les sociétés constituées sous l'empire de la loi du Royaume-Uni ou de tout territoire pour lequel le Royaume-Uni est internationalement responsable.

**Article II**

Lorsque le réclamant est devenu un national du Royaume-Uni ou a cessé de l'être après la date du préjudice, le Gouvernement de Sa Majesté peut, le cas échéant, prendre fait et cause pour lui de concert avec le gouvernement de sa nationalité antérieure ou subséquente.

**Article III**

Lorsque le réclamant est un double national, le Gouvernement de Sa Majesté peut endosser sa réclamation (bien que, dans certaines circonstances, il puisse être opportun qu'il le fasse conjointement avec l'autre gouvernement habilité à le faire). Le Gouvernement de Sa Majesté n'endosse normalement pas la réclamation d'un national du Royaume-Uni si l'État défendeur est l'État de la seconde nationalité, mais il peut le faire si l'État défendeur a, dans la situation qui a donné lieu au préjudice, traité le réclamant comme un national du Royaume-Uni.

**Article IV**

Le Gouvernement de Sa Majesté peut endosser la réclamation d'une société ou d'une autre personne morale qui est créée et régie par le droit du Royaume-Uni ou de tout territoire pour lequel le Gouvernement de Sa Majesté est internationalement responsable.

*Commentaire*

Cette règle repose sur le principe qui veut qu'une personne morale (comme une entreprise, une société commerciale ou une autre forme d'association ayant une personnalité juridique distincte de celle de ses membres) a la nationalité du pays dont la législation l'a officiellement créée, qui régit sa constitution et sous l'empire de laquelle elle peut être dissoute. Ce principe a été confirmé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)* en 1970. Certains États déterminent la nationalité d'une société à l'aide de différents critères: le lieu de son principal établissement (siège social) ou le lieu du contrôle effectif (déterminé compte tenu, par exemple, du lieu de résidence de la majorité des actionnaires ainsi que des membres du conseil d'administration). La Cour a néanmoins déclaré qu'aucun de ces critères de «lien effectif» n'est universellement accepté au plan international.

Pour déterminer s'il doit ou non exercer sa protection, le Gouvernement de Sa Majesté peut se demander si la société a en fait un lien réel et substantiel avec le Royaume-Uni. (Cette question et d'autres qui découlent des articles IV à VI sont examinées de manière plus approfondie dans l'article de Mervyn Jones «Claims on behalf of nationals

who are shareholders in foreign companies», *The British Year Book of International Law*, 1949, vol. 26, p. 225.)

**Article V**

Lorsqu'un national du Royaume-Uni a un intérêt, en qualité d'actionnaire ou autrement, dans une société constituée dans un autre État, et que cette société est lésée par les actes d'un État tiers, le Gouvernement de Sa Majesté ne peut normalement endosser la réclamation de l'intéressé que de concert avec le gouvernement de l'État dans lequel la société a été constituée. À titre exceptionnel, comme lorsque la société a cessé d'exister, il peut intervenir individuellement.

**Article VI**

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 est donc un national, 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.

*Commentaire*

Dans certains cas, l'État de constitution d'une société n'est pas celui qui a le plus d'intérêts dans celle-ci. Une société peut être créée, pour des raisons de convenance juridique ou économique, sous l'empire des lois d'un État alors même que la quasi-totalité du capital est entre les mains de nationaux d'un autre État. Dans une telle situation, l'État dans lequel la société a été constituée peut n'avoir guère d'intérêt à la protéger, tandis que l'État dont les actionnaires propriétaires du capital ont la nationalité a un intérêt considérable à le faire. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a nié l'existence, en droit international coutumier, d'un droit naturel de l'État national des actionnaires d'exercer sa protection diplomatique. Toutefois, la majorité des membres de la Cour a accepté l'existence d'un droit de protéger les actionnaires dans les deux cas envisagés dans les articles V et VI (lorsque la société a cessé d'exister, et lorsque l'État dans lequel la société a été constituée, bien que théoriquement protecteur juridique de la société, cause lui-même un préjudice à celle-ci).

Lorsque le capital d'une société étrangère est, en proportions diverses, entre les mains de nationaux de plusieurs États, dont le Royaume-Uni, il est rare que le Gouvernement de Sa Majesté fasse des représentations si les États dont les nationaux détiennent la majorité du capital ne le font pas.

**Article VII**

Normalement, le Gouvernement de Sa Majesté ne prend pas officiellement fait et cause pour un national du Royaume-Uni contre un autre État tant que tous les recours juridiques, s'il en existe, qui sont à la disposition de l'intéressé dans l'État concerné n'ont pas été épuisés.

*Commentaire*

Le fait de n'avoir pas épuisé les recours internes ne fait pas obstacle à une réclamation s'il est nettement établi que, dans les circonstances de l'espèce, un recours devant une juridiction interne supérieure n'aurait aucun effet. Un réclamant n'est pas non plus tenu d'épuiser les recours en justice dans un État où il n'y a pas de justice.

**Article VIII**

Si, dans le cadre de l'épuisement des recours internes, le réclamant s'est heurté à une discrimination ou à des obstructions, lesquelles constituent un déni de justice, le Gouvernement de Sa Majesté peut intervenir au nom de l'intéressé pour obtenir que l'injustice soit réparée.

**Article IX**

Le Gouvernement de Sa Majesté n'endosse pas une réclamation si celle-ci lui a été présentée tardivement, sauf si le retard résulte de causes échappant à la volonté du réclamant, mais aucun délai n'est fixé, et c'est davantage l'équité que le droit qui s'applique en la matière.

3. Article relatif aux recours prévus par un traité

**Article X**

Lorsqu'une disposition expresse d'un traité est incompatible avec un ou plusieurs des articles I à IX, les termes du traité priment dans la mesure de l'incompatibilité. En cas d'ambiguïté, les termes du traité ou de l'accord international sont interprétés conformément aux présentes règles et aux autres règles du droit international.

4. Article relatif à la dévolution des réclamations

**Article XI**

Lorsque le réclamant est décédé depuis la date du préjudice causé à lui-même ou à ses biens, ses ayants droit peuvent chercher à obtenir une réparation ou une indemnisation pour le préjudice au nom de la succession. Une telle réclamation ne doit pas être confondue avec une demande en dommages et intérêts formulée en réparation du décès du défunt par une personne qui était à la charge de celui-ci.

*Commentaire*

Lorsque les ayants droit n'ont pas la même nationalité que le réclamant initial, les règles ci-dessus seront probablement appliquées comme si on était en présence d'un réclamant unique qui a changé son statut national.

**DOCUMENT A/CN.4/575**

# Commentaires et observations reçus des gouvernements

*[Original: anglais/arabe]*
*[18 août 2006]*

## TABLE DES MATIÈRES


| | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|
| INTRODUCTION | 1 | 69 |
| COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS REÇUS DES GOUVERNEMENTS | 2-36 | 69 |
| Koweït | | 69 |
| A. Nature juridique de la protection diplomatique | 2-18 | 69 |
| B. Projet d'articles | 19-36 | 71 |


## Introduction

1. Dans une communication datée du 1er août 2006, le Koweït a transmis un ensemble de commentaires et d'observations sur le projet d'articles sur la protection diplomatique, adopté par la Commission du droit international en première lecture à sa cinquante-sixième session en 2004[1]. La Commission n'a pas eu l'occasion d'examiner ces commentaires et observations, ceux-ci ayant été reçus après l'adoption du projet d'articles en seconde lecture.

[1] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 18, par. 59. Le texte du projet d'articles et les commentaires y relatifs sont reproduits au paragraphe 60, p. 20 et suiv.

## Commentaires et observations reçus des gouvernements

### Koweït

### A. Nature juridique de la protection diplomatique

2. Lorsque le citoyen ne peut pas obtenir ses droits, il se tourne vers l'État de sa nationalité aux fins de bénéficier de sa protection et d'intenter une action contre l'État qui a commis le fait internationalement illicite. L'intervention de l'État est définie, conformément aux règles de la responsabilité internationale, comme la «protection diplomatique des nationaux à l'étranger».

3. Cette intervention transforme un différend entre une personne et un État en différend entre États souverains. La personne n'étant de ce fait plus au centre du conflit, il ne reste qu'à attendre que son cas soit traité au niveau international et que son État lui octroie les réparations qu'il aura éventuellement obtenues de la part de l'État reconnu comme responsable de la commission d'un fait internationalement illicite. En outre, l'État du national subit lui-même des dommages du fait de l'humiliation dont le national a été victime.

4. Aussi, le Koweït conclut que la protection diplomatique est un élément de la responsabilité de l'État, mais aussi un sujet essentiel et un instrument international de protection des droits de l'homme contre toute violation impliquant un fait illicite de la part d'un autre État, ou, comme l'a décidé la Commission, un moyen de protéger les droits de l'homme [par. 84 du septième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/567[2])].

#### 1. LA RENONCIATION À LA PROTECTION DIPLOMATIQUE

5. Sur la base des considérations figurant aux paragraphes 2 à 4 ci-dessus, une personne n'a pas le droit de renoncer au droit qu'a son État de la protéger, car cela reviendrait pour elle à renoncer à un droit qui ne lui revient pas, mais qui est conféré à l'État. En outre, il s'agit d'un droit de l'homme violé par un autre État à travers un fait illicite et comme tous les autres droits de l'homme,

[2] Reproduit dans le présent volume.

celui-ci est inaliénable et ne peut faire l'objet de renonciation. Ces droits relèvent du *jus cogens* et aucun accord ne peut y déroger.

### 2. Le pouvoir discrétionnaire des États en matière d'exercice de la protection diplomatique

6. À l'occasion du débat sur l'article 2 du projet, la Commission a décidé de ne pas faire obligation aux États d'exercer la protection diplomatique car, conformément à la règle de la jurisprudence internationale, l'exercice de cette protection est un droit de l'État, qui décide d'en faire usage ou non.

### 3. L'épuisement des recours internes

7. L'épuisement, par la victime, des voies de recours internes en tant que condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique est une règle établie du droit international coutumier, comme l'a attesté la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Interhandel*[3].

8. Cette règle s'appuie sur deux éléments. Le premier est le respect de la souveraineté de l'État étranger sur le territoire duquel vit la personne, sa soumission à la juridiction nationale de cet État et l'hypothèse que celle-ci est juste et neutre. Le deuxième élément porte sur la possibilité pour l'État qui a commis le fait illicite d'y remédier par ses propres méthodes et dans le cadre de sa législation nationale.

9. La Commission a traité de cette condition dans les projets d'articles 14 à 16.

### 4. La condition de nationalité

10. La pratique des États fait obligation de l'existence du lien de nationalité entre la personne et l'État à deux moments particuliers au moins: d'abord au moment de la commission du fait internationalement illicite et du préjudice causé à la personne; ensuite, lors de l'intervention destinée à exercer la protection, que ce soit par les canaux diplomatiques ou par le recours à la juridiction internationale.

11. Au sein de la Commission, les États discutent de façon approfondie de la question de la continuité de la nationalité (les projets d'articles 3 à 10 traitent de l'existence de la nationalité, l'article 5 se réfère plus particulièrement à la continuité de la nationalité), qui est une condition essentielle de l'exercice de la protection diplomatique.

12. Les aspects les plus controversés de la continuité de la nationalité portent sur la date finale à laquelle la personne qui a subi le préjudice est encore un national et sur le fait de savoir s'il faut tenir compte de la nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation ou à celle de la décision finale et du jugement connexe rendu.

13. Sur le plan international, on constate que plusieurs États appuient la première approche, qui défend la continuité de la nationalité jusqu'à la présentation de la réclamation, tandis que les États-Unis d'Amérique y font vigoureusement objection au motif que la nationalité doit être continue jusqu'à la date de la décision.

14. Les États-Unis s'appuient dans une large mesure sur la sentence du tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans l'affaire *Loewen*. On peut lire dans cette sentence que, selon le droit international, «la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation[4]», désignée par l'expression «le moment du préjudice», jusqu'à la date de la décision la concernant, désignée comme «la date finale».

### 5. Paragraphes 35 à 46 du septième rapport sur la protection diplomatique

15. Quelle que soit l'opinion que l'on a de l'arrêt en question, auquel les États-Unis se réfèrent pour justifier que la nationalité doit être continue jusqu'à la date de la décision, le Koweït est d'avis que cette position est appropriée et conforme aux normes juridiques et pratiques, mais aussi empreinte de la sagesse qui doit présider à la protection diplomatique.

16. Il n'est en effet ni acceptable ni raisonnable qu'un État continue de protéger diplomatiquement une personne qui a perdu la nationalité qui la rattachait à cet État. De plus, la protection diplomatique s'appuie, comme le Koweït l'a déjà indiqué, sur deux éléments: le droit de l'État et celui de la personne qui a subi le préjudice à raison du fait internationalement illicite. Dans le cas où elle perd sa nationalité, cette personne n'est plus considérée comme un national de cet État et celui-ci perd le droit de continuer d'exercer la protection diplomatique. En outre, cette protection est une obligation internationale qui ne s'applique pas aux individus, qui ne sont pas une personne internationale, celle-ci étant seule habilitée à engager une action de ce type.

17. Quant à l'argument selon lequel la continuité de la nationalité n'est pas nécessaire, du fait que le nouvel État auquel appartient le national exercera la protection diplomatique en son nom, elle n'affaiblit pas la thèse de la continuité de la nationalité. Elle la renforce même si l'on considère que le nouvel État poursuivra l'action internationale aux fins de la protection diplomatique. La situation diffère dès lors qu'il s'agit de la période séparant la perte de la nationalité d'origine de la personne et l'obtention d'une nouvelle nationalité. Elle diffère également lorsque le nouvel État ne réussit pas à assurer la protection diplomatique de la personne lésée qui vient d'acquérir sa nouvelle nationalité, sachant cependant, comme il a déjà été indiqué, que l'exercice du droit à la protection diplomatique est à la discrétion des États.

18. Au regard des éléments présentés et de l'examen de la nature juridique de la protection diplomatique, le Koweït souhaite, en plus d'apporter sa contribution à cette action internationale, que ces règles s'appliquent au projet d'articles actuellement élaboré par la Commission.

---

[3] *Affaire de l'Interhandel*, arrêt du 21 mars 1959, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 6.

[4] *The Loewen Group Inc. v. United States of America*, *ICSID Reports*, vol. 7 (Cambridge, Grotius, 2005), p. 485, par. 225.

## B. Projet d'articles

19. Le projet comporte 19 articles, par lesquels la Commission, à sa cinquante-huitième session en 2006, a régi certains aspects de la protection diplomatique au regard du droit international, dont la nationalité et l'épuisement des recours internes. Le projet ne traite pas des règles fondamentales de la protection diplomatique, à savoir celles qui régissent le traitement des étrangers ou les conséquences de la protection diplomatique, dont notamment la question de savoir si l'État qui obtient gain de cause est tenu de verser au national qui a subi le préjudice les indemnités qu'il aurait obtenues. Cette question est traitée dans les observations finales du septième rapport sur la protection diplomatique[5].

20. On trouvera ci-après les observations du Koweït sur les projets d'article dans l'ordre chronologique de leur présentation:

### 1. Article 1

21. Le paragraphe 1 du projet d'article amendé définit la protection diplomatique. Le paragraphe 2 établit une distinction entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire et précise que la première ne s'entend pas de l'exercice de la seconde, conformément aux éléments présentés dans le septième rapport sur la protection diplomatique, à savoir les aspects théoriques et pratiques auxquels il a été fait référence et sur lesquels le Koweït ne reviendra pas par souci de concision et pour éviter toute répétition.

### 2. Article 2

22. L'article amendé énonce qu'un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux dispositions du présent projet d'articles.

23. À cet égard, le Koweït se réfère à ses observations précédentes concernant le droit des États à exercer cette protection au regard d'un aspect, parmi d'autres, de la nature juridique de la protection diplomatique.

### 3. Articles 3 à 8

24. Ces articles régissent la protection assurée par l'État aux personnes physiques ayant sa nationalité, y compris les personnes ayant une multiple nationalité, les apatrides et les réfugiés.

25. Le Koweït estime nécessaire de remanier l'article 4 du projet en ajoutant à la fin du dispositif le membre de phrase «définie par la législation de l'État», car les questions liées à la nationalité relèvent exclusivement de la législation nationale.

26. En ce qui concerne la continuité de la nationalité (art. 5), le Koweït se réfère aux observations formulées précédemment concernant la nature juridique de la protection diplomatique.

27. À part ces points, le Koweït approuve les projets desdits articles tels que libellés par la Commission.

### 4. Articles 9 et 10

28. Les articles 9 et 10 du projet régissent des aspects de la protection diplomatique des personnes morales concernant l'État de nationalité d'une société et la continuité de sa nationalité.

#### a) *Article 9. État de nationalité d'une société*

29. Le Koweït approuve la formulation de l'article 9 tel qu'amendé, c'est-à-dire avec la suppression du membre de phrase «ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire». L'article ainsi amendé se lit comme suit:

«Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel la société a été constituée et sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction.»

Le membre de phrase précité ouvrirait la voie à des interprétations multiples génératrices de confusion car il manque de clarté et de concision.

#### b) *Article 10. Continuité de la nationalité d'une société*

30. Le paragraphe 2 de l'article 10 (par. 3 de l'article 10 amendé) est ainsi libellé:

> Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État[6].

31. Le verbe «exister» manque de précision et soulève nombre de difficultés et de problèmes d'interprétation, sachant que, dans la pratique, établie au regard des règles en vigueur dans la plupart des pays (civilisés), la personne morale continue d'exister même après la liquidation de la société – que ce soit à l'amiable ou par voie de justice – jusqu'à satisfaction des droits des créanciers, totalement ou, si les avoirs de la société sont insuffisants pour couvrir les créances, partiellement, et conformément aux dispositions législatives régissant la liquidation des sociétés.

32. En conséquence, le Koweït propose de remplacer le membre de phrase «et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État» par «et qui, du fait de ce préjudice, a perdu sa personnalité morale ou juridique et a été totalement liquidée conformément à la loi de cet État».

### 5. Article 11

33. En ce qui concerne le membre de phrase «si la société a cessé d'exister», qui est repris dans la version originale et dans la version amendée, le Koweït renvoie aux observations qu'il a faites au sujet de l'existence de la société et propose de modifier le libellé de l'article en remplaçant le membre de phrase précité par «si la société a été liquidée et a perdu sa personnalité morale».

### 6. Article 18

34. Pour donner plus de précision à l'article et conformément à la notion de traités, le Koweït propose de remplacer le membre de phrase «dispositions conventionnelles spéciales» par «traités bilatéraux et multilatéraux».

---

[5] Voir *supra* la note 2.

[6] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 31, par. 60.

### 7. Le droit du national lésé à une indemnisation

35. Dans la pratique internationale, la réparation du préjudice est toujours due à l'État et non aux personnes, y compris en cas de réparation, même si le montant de la compensation doit être établi en fonction du préjudice causé à la personne. Cette règle est depuis peu revue dans beaucoup de pays qui admettent que, dans une certaine mesure, ils sont dans l'obligation de verser les compensations obtenues au national lésé et que le national doit bénéficier de l'exercice de la protection diplomatique.

36. Des considérations liées à la justice et au respect des droits de l'homme ont conduit la Commission à envisager sérieusement d'adopter une disposition sur cette question dans un souci de développement progressif du droit qui permettrait d'éliminer une des sources principales d'inégalité en matière de protection diplomatique. Elle a donc abouti à une formule (que le Koweït approuve) dans laquelle elle appelle l'État de nationalité à reverser à la personne lésée, au nom de laquelle la réclamation a été formulée, le montant de la compensation à titre d'indemnisation pour le préjudice subi, et ce après déduction des frais occasionnés à l'État de nationalité par la formulation de la réclamation.

# 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)

[Point 3 de l'ordre du jour]

**DOCUMENT A/CN.4/566**

## Troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Rapporteur spécial*

*[Original: anglais]*
*[7 mai 2006]*

### TABLE DES MATIÈRES


| | | Pages |
|---|---|---|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | | 74 |
| Ouvrages cités dans le présent rapport | | 74 |
| | *Paragraphes* | |
| INTRODUCTION | 1-2 | 76 |
| I. COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS DES GOUVERNEMENTS SUR LE PROJET DE PRINCIPES RELATIFS À LA RÉPARTITION DES PERTES EN CAS DE DOMMAGE TRANSFRONTIÈRE DÉCOULANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES | 3-22 | 76 |
| A. Tendances significatives | 3-4 | 76 |
| B. Précisions sur certains points soulevés | 5-22 | 78 |
| 1. Question du seuil | 7-8 | 78 |
| 2. Précisions sur la liste d'activités qui relèvent du champ d'application du sujet | 9 | 79 |
| 3. Élargissement de la portée du sujet | 10 | 79 |
| 4. Dommage à l'environnement et réclamations pour dommages à des valeurs autres que celle des services rendus | 11-14 | 80 |
| 5. Multiplicité des réclamations | 15-18 | 81 |
| 6. Statut juridique du projet de principes | 19-22 | 82 |
| II. EXAMEN DE CERTAINS POINTS SAILLANTS DU PROJET DE PRINCIPES | 23-37 | 83 |
| A. Mesures ou principe de précaution | 24-26 | 83 |
| B. Le principe du pollueur-payeur: responsabilité objective et limitée de l'exploitant | 27-30 | 85 |
| C. Obligations notables des États | 31-32 | 87 |
| D. Le principe de non-discrimination et les normes minimales | 33-35 | 87 |
| E. Assurer une indemnisation prompte et adéquate | 36-37 | 88 |
| III. FORME FINALE DU PROJET DE PRINCIPES | 38-44 | 89 |
| IV. RELATION ENTRE LE PROJET DE PRINCIPES ET LE PROJET D'ARTICLES SUR LA PRÉVENTION | 45-46 | 90 |



* Le Rapporteur spécial tient à exprimer ses remerciements à l'Institut Max-Planck de droit public comparé et de droit international de Heidelberg (Allemagne), qui l'a accueilli pour la rédaction du présent rapport. Il remercie aussi M^me^ Dinah Shelton, de la faculté de droit de l'Université George-Washington, de Washington, qui a demandé à ses étudiants de rédiger des mémoires sur la législation et la pratique de différents pays se rapportant aux questions à l'examen. Il aimerait aussi faire part de sa reconnaissance à M. Ilias Plakokefalos, de la faculté de droit de l'Université d'Athènes, pour ses travaux de recherche qui l'ont aidé au cours de la rédaction du présent rapport.

## Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

| | *Sources* |
|---|---|
| Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), intégrant les modifications apportées par le Traité de Nice du 26 février 2001 | Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, vol. 45, nº C 325 (24 décembre 2002), p. 33. |
| Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 450, nº 6465, p. 11. |
| Traité sur l'Antarctique (Washington, 1er décembre 1959) | Ibid., vol. 402, nº 5778, p. 71. |
| Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement (Madrid, 4 octobre 1991) | UICN, *Droit international de l'environnement: traités multilatéraux*, Erich Schmidt, Berlin, t. VII, p. 991. |
| Annexe VI au Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement: Responsabilité découlant de situations critiques pour l'environnement (Stockholm, 17 juin 2005) | Réunion consultative du Traité sur l'Antarctique, *Rapport final de la vingt-huitième réunion consultative du Traité sur l'Antarctique*, chap. II A, p. 67. |
| Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 27 septembre 1968) | *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 299 (31 décembre 1972), p. 32. |
| Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, nº 31363, p. 3. |
| Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Lugano, 16 septembre 1988) | *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 319 (25 novembre 1988), p. 9. |
| Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (Londres, 30 novembre 1990) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1891, nº 32194, p. 91. |
| Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (Helsinki, 17 mars 1992) | Ibid., vol. 2105, nº 36605, p. 457. |
| Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (Rotterdam, 10 septembre 1998) | Ibid., vol. 2244, nº 39973, p. 337. |
| Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (Montréal, 29 janvier 2000) | Ibid., vol. 2226, nº 30619, p. 208. |

## Ouvrages cités dans le présent rapport


AUSTIN, Jay E. et Carl E. BRUCH

«The Kosovo conflict: a case study of unresolved issues», dans Jay E. Austin et Carl E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 647 à 664.

BAR, Christian (VON)

«Environmental damage in private international law», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1997*, t. 268 (1999), La Haye, Martinus Nijhoff, p. 291 à 411.

BAXTER, R. R.

«Multilateral treaties as evidence of customary international law», *The British Year Book of International Law*, vol. 41 (1965-1966), p. 275 à 300.

«Treaties and custom», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1970-I, t. 129 (1971), Leiden, Sijthoff, p. 25 à 105.

BERNASCONI, Christophe et Gerrit BETLEM

«Transnational enforcement of environmental law: second report», *Report of the Seventy-first Conference held in Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, Association de droit international, 2004, p. 896 à 933.

BIRNIE, P. W. et A. E. BOYLE

*International Law and the Environment*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002.

BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja

«The precautionary principle in Germany: enabling government», dans Tim O'Riordan et James Cameron (dir. publ.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Londres, Earthscan, 1994, p. 31 à 60.

BOUTILLON, Sonia

«The precautionary principle: development of an international standard», *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, vol. 23, nº 2 (premier trimestre 2002), p. 429 à 469.

BOYLE, A. E.

«Globalising environmental liability: the interplay of national and international law», *Journal of Environmental Law*, vol. 17, nº 1 (2005), p. 3 à 26.

BRIGGS, Herbert W.

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

BROWNLIE, Ian

*Principles of Public International Law*, 6e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio

*International Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005.

CHARNEY, Jonathan I.

«Third State remedies for environmental damage to the world's common spaces», dans Francesco Francioni et Tullio Scovazzi (dir. publ.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991, p. 149 à 177.

CRAWFORD, James

*The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

CUPERUS, K. W. et A. E. BOYLE

«Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses», *Report of the Sixty-seventh Conference of the International Law Association, Helsinki, 12-17 August 1996*, Londres, Association de droit international, 1996, p. 403 à 411.

DAILLIER Patrick et Alain PELLET

*Droit international public* (*Nguyen Quoc Dinh*), 7e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.

DUPUY, Pierre-Marie

«La contribution du principe de non-discrimination à l'élaboration du droit international de l'environnement», *Revue québécoise de droit international*, vol. 7, no 2 (1991-1992), p. 135 à 144.

FREESTONE, David

«The road from Rio: international environmental law after the Earth Summit», *Journal of Environmental Law*, vol. 6 (1994), p. 193 à 218.

KAMMERHOFER, Jörg

«Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», *European Journal of International Law*, vol. 15, no 3 (juin 2004), p. 523 à 553.

KISS, Alexandre et Dinah SHELTON

*International Environmental Law*, 3e éd., Ardsley (New York), Transnational Publishers, 2004.

KOESTER, Veit

«Global environmental agreements. Drafting, formulation and character», *Environmental Policy and Law*, vol. 35, no 4-5 (octobre 2005), p. 170 à 183.

LAMMERS, J. G.

*Pollution of International Watercourses. A search for substantive rules and principles of law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984.

LARSSON, Marie-Louise

*The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation*, Stockholm, Norstedts Tryckeri, 1999.

LEFEBER, René

*Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, La Haye, Kluwer, 1996.

LEIGH, Kathy

«Liability for damage to the global commons», *Australian Year Book of International Law*, vol. 14 (1993), p. 129 à 156.

MAHIOU, Ahmed

«Rapport général», Société française pour le droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, *La codification du droit international*, Paris, Pedone, 1999, p. 11 à 65.

MCINTYRE, Owen et Thomas MOSEDALE

«The precautionary principle as a norm of customary international law», *Journal of Environmental Law*, vol. 9, no 2 (1997), p. 221 à 241.

OKOWA, Phoebe N.

*State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

«Procedural obligations in international environmental agreements», *The British Year Book of International Law*, vol. 67 (1996), p. 275 à 336.

REID, Elspeth

«Liability for dangerous activities: a comparative analysis», *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 48 (1999), p. 731 à 756.

REST, Alfred

«Need for an international court for the environment? Underdeveloped legal protection for the individual in transnational litigation», *Environmental Policy and Law*, vol. 24, no 4 (1994), p. 173 à 187.

SADELEER, Nicolas (DE)

*Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

SAND, Peter H.

«Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 35. no 6 (décembre 2005), p. 244 à 281.

SANDS, Philippe

*Principles of International Environmental Law*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SCHACHTER, Oscar

«International law in theory and practice: general course in public international law», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1982-V, t. 178 (1982), Martinus Nijhoff, p. 9 à 395.

SHAW, Malcolm N.

*International Law*, 5e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SINCLAIR, Ian

*The International Law Commission*, Cambridge, Grotius, 1987.

SMETS, Henri

«Le principe de non-discrimination en matière de protection de l'environnement», *Revue européenne de droit de l'environnement*, Limoges, no 1 (2000), p. 3 à 33.

STOLL, Peter-Tobias

«Transboundary pollution», dans Fred L. Morrison et Rüdiger Wolfrum (dir. publ.), *International, Regional and National Environmental Law*, La Haye, Kluwer, 2000, p. 169 à 200.

UNION INTERNATIONALE POUR LA CONSERVATION DE LA NATURE (UICN)

«Principes directeurs relatifs au principe de précaution dans le cadre de la conservation de la diversité biologique et de la gestion des ressources naturelles», *Environmental Policy and Law*, vol. 35, no 6 (décembre 2005), p. 274 et 275.

WOLFRUM, Rüdiger

«Purposes and principles of international environmental law», *German Yearbook of International Law*, vol. 33 (1990), p. 308 à 330.

«International environmental law: purposes, principles and means of ensuring compliance», dans Fred L. Morrison et Rüdiger Wolfrum (dir. publ.), *International, Regional and National Environmental Law*, La Haye, Kluwer, 2000, p. 3 à 70.

XUE, Hanqin

*Transboundary Damage in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

## Introduction

1. À sa cinquante-sixième session, en 2004, la Commission du droit international a adopté, en première lecture, le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses[1]. Au paragraphe 3 de sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004 et au paragraphe 3 de sa résolution 60/22 du 23 novembre 2005, l'Assemblée générale a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importait qu'ils communiquent à la Commission leurs vues sur les projets de principe. Dans l'ensemble, les délégations qui participaient au débat sur le rapport de la Commission à la Sixième Commission à la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale en 2004 ont bien accueilli le projet de principes. Certaines se sont félicitées de ce que la Commission ait pu le produire rapidement, dans l'année qui avait suivi l'observation faite par l'Assemblée générale qu'il était important que la Commission s'acquitte de la partie restante de son mandat au titre du point «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international[2]». On se rappellera qu'à sa cinquante-sixième session, en 2001, l'Assemblée générale, tout en rendant hommage à la Commission pour avoir avancé les travaux concernant le volet «prévention[3]», a prié la Commission de reprendre l'examen du volet «responsabilité (*liability*)», en tenant compte des liens entre les volets «prévention» et «responsabilité», de l'évolution du droit international et des observations des gouvernements[4]. Outre les commentaires formulés à la Sixième Commission, certains gouvernements ont aussi transmis par écrit leurs commentaires sur le projet de principes relatifs à la répartition des pertes dont la Commission avait terminé la première lecture en 2004[5].

2. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial analyse les questions qui devraient être traitées par la Commission au titre de la seconde lecture du projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, à la lumière des commentaires et observations des gouvernements. Dans certains cas, des gouvernements ont fait des suggestions de rédaction précises. Il n'en est pas tenu compte dans le présent rapport. La Commission ne manquera pas de les étudier en temps voulu dans le cadre de son Comité de rédaction.

[1] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 68 et suiv., par. 175.

[2] Voir la déclaration des Pays-Bas, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 17e séance (A/C.6/59/SR.17), par. 47.

[3] Pour le texte du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 157, par. 97.

[4] Résolution 56/82 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001, par. 3.

[5] Document A/CN.4/562 et Add.1 (reproduit dans le présent volume).

CHAPITRE I

## Commentaires et observations des gouvernements sur le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses

### A. Tendances significatives

3. Les tendances suivantes semblent se dégager d'une analyse des commentaires et observations formulés par les gouvernements dans leurs réponses écrites et leurs déclarations à la Sixième Commission sur le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses.

*a*) De façon générale, les États se félicitent de l'idée, dont la Commission est partie, que le projet devrait être général et supplétif, pour laisser aux États la marge de manœuvre nécessaire pour concevoir des régimes de responsabilité adaptés à tel ou tel secteur d'activité, compte tenu des circonstances particulières pertinentes[6].

*b*) Les gouvernements sont largement d'avis de faire peser la responsabilité principale sur l'exploitant, c'est-à-dire sur la personne qui assure la direction ou le contrôle de la gestion du risque au moment où survient l'incident à l'origine du dommage transfrontière[7].

*c*) Vu la nature des activités auxquelles il est envisagé d'appliquer le projet, à savoir les activités dangereuses, les gouvernements soutiennent le principe de la responsabilité objective de l'exploitant. Il est entendu que la responsabilité de l'exploitant est limitée et que ce principe admettrait des exceptions, lesquelles devraient pourtant être peu nombreuses[8]. C'est dans ces conditions qu'il a été suggéré de prévoir une présomption simple de causalité entre l'activité dangereuse et le dommage

[6] Voir le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-neuvième session (A/CN.4/549/Add.1), par. 58. L'Allemagne doutait pourtant de l'intérêt d'une approche souple, car le régime suggéré par la Commission ne serait pas, à son avis, directement applicable [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 18e séance (A/C.6/59/SR.18), par. 4].

[7] A/CN.4/549/Add.1 (voir *supra* la note 6), par. 63. Voir également les commentaires écrits du Pakistan dans le document A/CN.4/562 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. A, et de l'Ouzbékistan (ibid.). Dans ses commentaires écrits, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, qui soutenait fermement le principe de la responsabilité de l'exploitant et le principe du pollueur-payeur, se disait opposé à l'idée d'imposer une responsabilité, ne serait-ce que secondaire ou supplétive, à l'État (ibid.).

[8] Voir les commentaires de l'Autriche, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 18e séance (A/C.6/59/SR.18), par. 55. Le Royaume-Uni a néanmoins suggéré d'énoncer en des termes moins rigides le régime de la responsabilité objective et pensait qu'un tel régime ne serait peut-être pas applicable à toutes les activités dangereuses sans exception (document A/CN.4/562 et Add.1, reproduit dans le présent volume).

transfrontière. Ainsi la charge de la preuve pèserait-elle sur l'exploitant, à qui il appartiendrait d'établir qu'il n'est pas responsable[9].

*d*) Considérant que la meilleure solution résidait dans la responsabilité objective mais limitée de l'exploitant, plusieurs gouvernements soutenaient la possibilité d'un financement supplémentaire assuré à l'aide de différentes sources aux fins de la répartition des pertes et pour minimiser autant que faire se peut la charge imposée aux victimes du dommage transfrontière en raison de la responsabilité limitée de l'exploitant. À cet égard, il a été envisagé de faire participer l'État d'origine aux mécanismes de financement supplémentaires qui pourraient être prévus[10]. Rappelant le devoir de l'État d'origine de veiller à ce que toute activité dangereuse menée sur son territoire ou en des lieux placés sous sa juridiction exclusive et son contrôle le soit avec son autorisation préalable et que cette autorisation préalable soit conditionnée à l'obligation de l'exploitant de faire de son mieux pour gérer le risque de dommage transfrontière, les gouvernements font valoir que l'exploitant devrait être aussi prié de se doter des moyens financiers nécessaires pour satisfaire les demandes d'indemnisation en cas de dommage transfrontière. L'exploitant pourrait répondre à cette exigence en souscrivant une assurance appropriée ou en obtenant des garanties bancaires ou autres cautionnements financiers appropriés[11].

*e*) L'importance de l'accès aux recours a aussi été soulignée; l'État d'origine et les autres États intéressés devraient permettre aux victimes d'un dommage transfrontière d'avoir accès sans discrimination aux instances judiciaires et administratives pour leur présenter leurs demandes d'indemnisation et se prévaloir des voies de recours ouvertes aux victimes du même dommage ressortissantes de l'État d'origine[12]. L'idée de prévoir des normes minimales en matière de recours et d'indemnisation dont toutes les victimes de dommages découlant de l'activité dangereuse pourraient se prévaloir et exigeant des États qu'ils incorporent des dispositions en ce sens dans leur droit interne a été soutenue[13]. En d'autres termes, il n'est plus considéré acceptable en droit international qu'un État autorise sur son territoire une activité dangereuse qui présente le risque de causer des dommages transfrontières en l'absence d'une législation garantissant dans le même temps des voies de recours et une indemnisation appropriées en cas d'incident causant des dommages transfrontières. Cette obligation est toutefois interprétée, selon un point de vue, comme le devoir de l'État de faire de son mieux, sans préjudice de la situation particulière du pays ou des pays intéressés[14].

*f*) La définition générale donnée du dommage qui s'entend d'une atteinte à des personnes, à des biens ou à l'environnement lui-même dans la limite des juridictions nationales s'est aussi attiré des commentaires favorables[15]. Des gouvernements ont suggéré d'inclure les dommages à l'indivis mondial dans les zones situées au-delà des juridictions nationales, dans la mesure où de tels dommages pourraient être directement imputés à l'activité dangereuse en question[16]. Cependant, de l'avis de certains gouvernements, les questions de la qualité pour agir en cas de dommage à l'environnement lui-même et du type de réclamations qui seraient recevables, y compris celles faisant valoir «un intérêt autre que celui des services rendus», n'ont pas été réglées et peut-être vaudrait-il mieux laisser à chaque pays le soin de les examiner et d'adopter la législation nécessaire[17].

*g*) Les gouvernements ont aussi donné leur aval aux projets de principes 5 (Mesures d'intervention), 7 (Élaboration de régimes internationaux spéciaux) et 8 (Application)[18].

---

[9] Voir les commentaires écrits du Mexique (document A/CN.4/562 et Add.1, sect. E, reproduit dans le présent volume).

[10] A/CN.4/549/Add.1 (voir *supra* la note 6), par. 66, 68, 90 et 91. Voir également les commentaires du Portugal [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 19e séance (A/C.6/59/SR.19), par. 15], de la Fédération de Russie (ibid., par. 64), du Mexique [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 48] et de la Sierra Leone (ibid., par. 52). Pour le Royaume-Uni, il serait toutefois problématique d'imposer une responsabilité supplétive quelconque à l'État [ibid., 18e séance (A/C.6/59/SR.18), par. 36]. Le Kenya pensait que le rôle de l'État devrait être plus limité et que le commentaire devrait bien préciser que l'État d'origine n'est pas tenu de créer des fonds [ibid., 20e séance (A/C.6/59/SR.20), par. 18].

[11] Déclaration de l'Allemagne [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 18e séance (A/C.6/59/SR.18), par. 5]. Le Royaume-Uni a noté qu'il n'était pas facile de contracter une assurance ou d'obtenir d'autres garanties financières et que cette exigence ne devrait pas être imposée en des termes trop stricts (document A/CN.4/562 et Add.1, reproduit dans le présent volume).

[12] Selon le Royaume-Uni, l'accès aux voies de recours administratives et judiciaires nationales des auteurs de réclamations pour dommage transfrontière relevait du droit international privé et devrait obéir à ses principes (ibid.).

[13] Déclaration des Pays-Bas [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 17e séance (A/C.6/59/SR.17), par. 49]. Voir également les commentaires écrits des Pays-Bas (document A/CN.4/562 et Add.1, sect. E, reproduit dans le présent volume).

[14] Voir la déclaration de l'Inde [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 18e séance (A/C.6/59/SR.18), par. 11]. Voir également le document A/CN.4/562 et Add.1, sect. E, reproduit dans le présent volume.

[15] Quelques délégations ont formulé des objections à l'inclusion de l'atteinte à l'environnement comme telle dans la définition du dommage dans le projet de principe 2, au motif que les pertes économiques visées au sous-alinéa iii de l'alinéa *a* du projet de principe 2 se prêtaient difficilement à une quantification monétaire, sans compter qu'il ne serait pas facile d'établir la qualité pour agir, pas plus que le lien de causalité existant entre l'activité visée et l'atteinte à l'environnement [voir A/CN.4/549/Add.1 (note 6 *supra*), par. 77]. Mais il ne s'agit pas de problèmes insolubles. Voir ci-dessous et le commentaire relatif au projet de principe 2, par. 12, *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 78.

[16] Voir les déclarations de l'Italie [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 17e séance (A/C.6/59/SR.17), par. 85] et de la Nouvelle-Zélande (ibid., par. 89). Voir également les commentaires écrits des Pays-Bas (document A/CN.4/562 et Add.1, sect. D, reproduit dans le présent volume).

[17] Voir A/CN.4/549/Add.1 (note 6 *supra*), par. 76 et 77. Voir également les déclarations de la Chine [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 17e séance (A/C.6/59/SR.17), par. 69], de l'Inde [ibid., 18e séance (A/C.6/59/SR.18), par. 10] et de la Fédération de Russie [ibid., 19e séance (A/C.6/59/SR.19), par. 62]. Le Royaume-Uni pensait, vu les complexités en jeu dans les questions de la qualité pour agir et de la quantification des dommages à l'environnement lui-même, qu'il vaudrait mieux exposer ces problèmes dans le commentaire. Il était aussi d'avis que les réclamations des États concernant de tels dommages devraient être exclues du champ d'application du projet de principes et que celui-ci ne devrait porter que sur les réclamations des particuliers (document A/CN.4/562 et Add.1, reproduit dans le présent volume).

[18] A/CN.4/549/Add.1 (voir *supra* la note 6), par. 65. Voir également les commentaires écrits des États-Unis d'Amérique, du Mexique, de

*(Suite de la note page suivante.)*

4. Pour conclure, le Rapporteur spécial a le sentiment que les États partagent les considérations d'ordre général sur la base desquelles la Commission a déjà adopté le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses en première lecture. Certains désaccords ou divergences de vues demeurent malgré tout sur la forme que ces principes devraient revêtir. Un groupe d'États jugeait indispensable d'en faire un projet d'articles rédigé en des termes aussi stricts que possible. Par contre, un autre groupe d'États estimait qu'il faudrait conserver la forme adoptée en première lecture; le projet de principes pourrait fournir des directives nécessaires aux États qui négocient des traités ou des accords sur des secteurs bien précis d'activité ou réglementent des domaines particuliers où de telles activités sont menées. Toute autre forme, selon ce point de vue, serait incompatible avec le point de vue général et supplétif que la Commission avait adopté et que dans l'ensemble les États avaient fait leur. Il reste donc à examiner la question de la forme sur laquelle la Commission a réservé sa position au moment où elle a adopté le projet de principes en première lecture avant qu'elle n'achève sa deuxième et dernière lecture. Le Rapporteur spécial traite de ce point dans le chapitre III du présent rapport.

### B. Précisions sur certains points soulevés

5. Dans leurs commentaires, les États ont aussi demandé d'autres éclaircissements. Ainsi, certaines délégations se sont interrogées sur la décision de la Commission de prévoir la mise en œuvre du régime proposé uniquement en cas de dommage significatif[19]. Par ailleurs, tandis que le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses traite des activités dangereuses qui relèvent de son champ d'application, l'idée a été exprimée qu'il serait utile de dresser, à titre indicatif, une liste de ces activités dans le commentaire[20]. Il a aussi été suggéré d'étendre la portée du projet de principes à la responsabilité pour dommage transfrontière causé à des États neutres en cas de guerre entre deux ou plusieurs États, à la responsabilité découlant d'une activité dangereuse engagée par des terroristes et à la responsabilité découlant du stockage d'eau dans des barrages[21]. D'autres éclaircissements visaient la définition des termes employés, en particulier la définition générale du dommage, les liens avec le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[22] et le droit d'un État d'engager une procédure en tant que victime pour des dommages causés à des biens publics, les méthodes et les moyens d'assurer une indemnisation prompte et adéquate et le rôle du principe du pollueur-payeur et du principe de précaution. Certains États mettaient en garde contre la multiplicité de réclamations que le régime proposé pourrait entraîner[23] et qui pourraient s'expliquer par les mêmes griefs contre un exploitant et l'État dont il relève ou contre un État et un exploitant relevant d'une autre juridiction ou contre un exploitant relevant de juridictions multiples en même temps. D'autres demandaient des éclaircissements sur l'état du projet de principes et estimaient que l'exercice de la Commission allait au-delà de la codification et du développement progressif au sens traditionnel de ces termes[24]. On a fait observer que le projet de principes constituait «de toute évidence une innovation et un objectif à atteindre» et n'était «pas une reprise du droit en vigueur ou de la pratique des États[25]».

6. Le Rapporteur spécial croit bon de régler un certain nombre de ces questions dans les paragraphes qui suivent.

#### 1. Question du seuil

7. S'agissant tout d'abord de l'observation qui a été faite qu'il ne faudrait pas fixer de seuil dans le cas du dommage transfrontière même si ce seuil est jugé utile et nécessaire aux fins du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, il suffit de relever que la question a été débattue à diverses étapes de l'examen du sujet, en particulier avant qu'il ne soit scindé en deux volets, prévention et responsabilité, et qu'à chaque fois un seuil a été jugé nécessaire[26].

*(Suite de la note 18.)*

l'Ouzbékistan, des Pays-Bas et de la République tchèque (document A/CN.4/562 et Add.1, sect. F, reproduit dans le présent volume). Selon ces commentaires, si l'orientation du projet de principes est acceptable, il demeure qu'il peut être amélioré et que les points litigieux méritent des mises au point; des suggestions précises ont été faites à ce sujet. Le Royaume-Uni a noté les points suivants: que le projet de principe 5 n'était pas suffisamment clair en ce qui concernait le devoir de l'État de prendre des mesures d'intervention; que le projet de principe 4 devrait imposer à l'exploitant le devoir de prendre des mesures correctives, comme le prévoit la Directive européenne 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la répartition des dommages environnementaux [*Journal officiel de l'Union européenne*, nº L 143 (30 avril 2004), p. 56]; s'agissant du projet de principe 7, qu'il était important d'encourager des instruments non contraignants à la fois entre les États et entre les entités non étatiques, car il n'était pas toujours facile de s'entendre sur des instruments contraignants; et, en ce qui concerne le projet de principe 8, que la question de l'application relevait de la compétence des États et ne devrait pas être traitée dans le projet de principes (document A/CN.4/562 et Add.1, reproduit dans le présent volume).

[19] Voir les commentaires écrits des Pays-Bas (document A/CN.4/562 et Add.1, sect. C, reproduit dans le présent volume). Les pays nordiques ont aussi formulé des objections à l'emploi du seuil «significatif» dans la définition du dommage aux fins du projet de principes [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 17e séance (A/C.6/59/SR.17), par. 95; voir également A/CN.4/549/Add.1 (note 6 *supra*), par. 73]. Voir en outre les commentaires écrits du Pakistan (document A/CN.4/562 et Add. 1, sect. A). Le Royaume-Uni en revanche a suggéré d'élever le seuil au «dommage grave», et ce uniquement au dommage grave prévisible (ibid.).

[20] Voir les commentaires écrits du Pakistan (document A/CN.4/562 et Add.1, sect. A, reproduit dans le présent volume).

[21] Ibid.

[22] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26.

[23] Voir les commentaires écrits de la République tchèque et du Royaume-Uni (document A/CN.4/562 et Add.1, sect. A, reproduit dans le présent volume) et la déclaration du Royaume-Uni [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 18e séance (A/C.6/59/SR.18), par. 35].

[24] Voir la déclaration du Royaume-Uni (ibid., par. 34). Voir également A/CN.4/549/Add.1 (note 6 *supra*), par. 62.

[25] Voir les commentaires écrits des États-Unis (document A/CN.4/562 et Add.1, sect. A, reproduit dans le présent volume).

[26] Voir *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/487 et Add.1, p. 196 à 198, par. 87 à 98. Tandis que M. Quentin-Baxter proposait un seuil plus élevé de «préjudice transfrontière notable» (ibid., par. 90), le projet d'article 2 *a* adopté provisoirement en 1994 suggérait un seuil inférieur de «dommages significatifs» (ibid., par. 94) que le Groupe de travail de 1996 de la Commission a approuvé (ibid., par. 95). On a alors précisé que la notion de dommage «significatif» renvoyait à un dommage plus que «détectable» ou «notable», mais pas nécessairement «grave» ni «substantiel». Qui plus est, il s'agissait d'un dommage qui n'était ni minime ni négligeable (ibid., par. 97, note 128). Il a

À cet égard, il faut noter qu'à l'exception possible de la contamination radioactive, les États tolèrent une certaine pollution dans leurs relations mutuelles et qu'il est généralement considéré que cette pollution ne peut constituer matière à procès que si elle est significative[27]. Si le seuil «significatif» est désormais de mieux en mieux accepté dans le cadre du sujet de la responsabilité internationale, il est clair qu'il «correspond à des critères concrets et objectifs et suppose un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté[28]». Ainsi, une privation qui est considérée significative à un moment donné ou dans une région donnée peut ne pas être nécessairement qualifiée de telle à un autre moment ou dans une autre région. Fixer un seuil s'inscrit donc dans une orientation générale largement partagée au sein de la Commission tout au long de l'examen du sujet. De plus, il ne faudrait pas perdre de vue que le seuil est conçu pour prévenir le dépôt de réclamations frivoles ou abusives et est défini de façon à permettre pratiquement toutes les réclamations qui concernent un dommage autre que négligeable. Dans ces conditions, il ne semble pas y avoir de raison impérieuse de revenir sur la position de la Commission tendant à conserver le seuil du «dommage significatif» dans la partie du sujet qui traite de la «responsabilité».

8. On a fait observer par ailleurs que définir un seuil pourrait violer le principe de la non-discrimination. Cette observation repose sur l'idée que les ressortissants des États d'origine auraient le droit d'être indemnisés de dommages même insignifiants, alors que les victimes d'un dommage transfrontière auraient droit à une indemnisation uniquement en cas de dommage significatif. Ce pourrait être un problème plus théorique qu'actuel ou pratique en l'absence de tout élément illustrant la pratique des États. Quoi qu'il en soit, le droit international admet certaines formes de discrimination dans le traitement des ressortissants et des étrangers. Dans la mesure où le traitement obéit à la norme minimale sanctionnée par le droit international, en l'occurrence le principe de l'indemnisation pour dommage transfrontière significatif, on peut faire valoir qu'il n'y a pas violation du principe de non-discrimination, si, en droit interne, les ressortissants peuvent prétendre à une indemnisation alors même qu'ils n'ont pas subi de dommage significatif[29]. Dans une perspective différente, on ne peut exclure qu'un État accorde aux étrangers le même traitement que celui dont bénéficient ses ressortissants, que ce soit pour respecter le principe de non-discrimination ou parce qu'il tient à réserver aux victimes étrangères un traitement plus généreux que celui requis ou prévu par le droit international[30].

### 2. Précisions sur la liste d'activités qui relèvent du champ d'application du sujet

9. Deuxièmement, en ce qui concerne la question de savoir s'il serait utile de dresser une liste d'activités susceptibles d'être considérées comme relevant de la portée du projet de principes, il y a lieu de se reporter au paragraphe 3 du commentaire relatif au projet de principe 1[31]. La Commission, qui a examiné attentivement la question, s'est prononcée contre cette idée. Il est difficile en effet de cerner les différents éléments constitutifs d'une activité à risque, le risque étant «essentiellement fonction de l'application d'une technologie particulière, du contexte spécifique dans lequel elle est menée et de la manière dont elle s'exerce[32]».

### 3. Élargissement de la portée du sujet

10. Troisièmement, on peut envisager la possibilité d'étendre la portée du projet de principes à la responsabilité pour faits de guerre causant des dommages à des États neutres, pour «activité dangereuse causée par un acte de terrorisme» et pour dommage transfrontière «causé par toute activité innocente telle que le stockage d'eau dans le cas de barrages[33]». Il faut rappeler que, dès le début, le sujet était censé ne traiter que des «activités qui ne sont pas interdites en droit international», à l'exclusion des activités illicites en soi[34]. Il couvre les activités qui

également été suggéré qu'étant donné que les activités visées n'étaient pas interdites par le droit international, le seuil de l'intolérance aux dommages ne pouvait être fixé à un niveau moindre que «significatif» (ibid., par. 97).

[27] Voir Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, p. 176. Lefeber, dans *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, p. 86 à 89, 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 Lammers, *Pollution of International Watercourses. A search for substantive rules and principles of law*, p. 346 et 347, et Wolfrum, «Purposes and principles of international environmental law», p. 311. Voir en outre les Directives de la Commission économique pour l'Europe sur le régime de responsabilité de la pollution de l'eau transfrontière (ENVWA/R.45, 20 novembre 1990, annexe).

[28] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 26), p. 197, par. 98.

[29] Brownlie (*Principles of Public International Law*, p. 502) a fait observer ce qui suit dans un contexte différent mais à propos de la norme de traitement national: «L'accès aux tribunaux peut être maintenu, sous réserve de règles modifiées sur des points de détail: ainsi, un étranger peut ne pas avoir accès à l'aide juridictionnelle et peut avoir à avancer une caution. Des régimes différents peuvent naturellement être instaurés par traité. Les principes les plus couramment employés en la matière sont les suivants: principes de réciprocité, de la porte ouverte, du bon voisinage et du traitement identique, de l'égalité de traitement avec les nationaux, du traitement de la nation la plus favorisée, du traitement équitable et du traitement préférentiel.» Schachter («International law in theory and practice: general course in public international law», p. 321) note que s'il y a lieu de se féliciter du principe de l'égalité de traitement, «il ne justifie pas la responsabilité internationale pour les actes de l'État fondés sur les conditions dans lesquelles se déroulent les activités industrielles et commerciales transnationales et la politique économique des États intéressés». En revanche, il estimait que «le principe de la non-discrimination devrait engager la responsabilité des États qui soutiennent la discrimination fondée sur des préjugés sociaux ou prennent des mesures contre des ressortissants étrangers par voie de représailles motivées par la politique du gouvernement du pays dont ils sont originaires et exiger d'eux qu'ils prennent des mesures de prévention».

[30] On peut aussi noter que le droit international, dans la mesure où il découle du droit extrêmement développé des droits de l'homme, prévoit des normes minimales pour le traitement des étrangers dans les juridictions nationales, sans discrimination entre nationaux et étrangers, et qui font des uns et des autres des personnes dont les droits méritent d'être protégés (voir Cassese, *International Law*, p. 122, et Shaw, *International Law*, p. 736).

[31] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 72.

[32] Ibid. Voir également la note 366 (ibid.), pour un renvoi aux conventions qui précisent le type d'activités qui pourraient relever du champ d'application du projet de principes.

[33] Commentaires écrits du Pakistan (document A/CN.4/562 et Add.1, sect. A, reproduit dans le présent volume).

[34] On peut noter brièvement que si un dommage survient à la suite d'un acte d'un État partie à un conflit, considéré comme ayant recouru à l'usage de la force en violation de l'interdiction faite en droit coutumier,

*(Suite de la note page suivante.)*

impliquent le risque de causer un dommage significatif découlant de leurs conséquences physiques. En 1996, avant l'adoption du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, le Groupe de travail de la Commission a reconnu que le projet s'étendrait aux activités dont l'exploitation et les effets sont continus[35]. Comme il était indiqué dans le commentaire relatif au projet de principe 4, l'exploitant est exonéré de sa responsabilité lorsque le dommage découle d'un acte de guerre. Dans plusieurs instruments, la responsabilité est exclue si le dommage résulte d'un acte commis dans le cadre d'un conflit armé, d'hostilités, d'une guerre civile ou d'une insurrection. Selon certaines législations nationales, les actes de terrorisme exonèrent aussi de responsabilité[36]. Par contre, il a été entendu qu'un réservoir parfaitement sûr pourrait devenir dangereux à la suite d'un tremblement de terre, auquel cas le fonctionnement continu du réservoir constituerait une activité comportant un risque. Le stockage d'eau dans des barrages peut donc être une activité à risque et être considéré comme relevant du projet de principes, à moins que les parties à une convention ou un traité qui régit la même question ne l'excluent en cas de différend.

### 4. Dommage à l'environnement et réclamations pour dommages à des valeurs autres que celle des services rendus

11. Le projet de principe 2 définit le dommage. Le dommage à l'environnement lui-même y figure au côté du dommage causé à des personnes et à des biens à l'alinéa *a*. À l'alinéa *b*, l'environnement est défini en termes généraux comme comprenant «les aspects caractéristiques du paysage». Il faut noter que cette définition ne renvoie qu'à l'environnement relevant de la juridiction et du contrôle des États, à l'exclusion de l'environnement de l'indivis mondial.

12. Dans leurs observations sur l'environnement, les gouvernements ont mis en relief trois séries de questions distinctes. Premièrement, ils ont relevé que la définition donnée de l'environnement dans le projet de principe 2 n'incluait pas l'indivis mondial[37]. On se rappellera que le Rapporteur spécial a recommandé que les dommages à l'indivis mondial soient traités dans le cadre du projet de principes pour autant qu'ils puissent être rattachés aux activités dangereuses qui relèvent du champ d'application du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[38]. Cependant, la Commission, sur la base de la recommandation du Groupe de travail créé à la cinquante-sixième session en 2004[39], a décidé d'exclure les questions relatives à l'indivis mondial. Si elle reconnaissait l'importance de telles questions, elle jugeait préférable de traiter de l'indivis mondial à part parce qu'il soulevait des problèmes qui lui étaient propres en ce qui concerne la qualité pour agir, le for compétent, le droit applicable et la quantification du dommage[40]. Le Rapporteur spécial est convaincu que ces questions ne sauraient être correctement analysées dans le cadre du présent projet de principes, qui met l'accent sur le dommage transfrontière sur le territoire des États concernés dans la mesure où il porte atteinte à leurs nationaux et à leurs ressources.

13. Deuxièmement, certains gouvernements qualifiaient de générale la définition de l'environnement. Il faut admettre que la communauté mondiale reconnaît la valeur de l'environnement, la nécessité d'une vigilance de tous les instants et le besoin d'évaluer en permanence les conséquences néfastes de diverses activités humaines sur l'environnement. En adoptant une définition globale de l'environnement, la Commission s'inspirait de l'avis exprimé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[41]. De plus, plusieurs conventions conclues dernièrement sur le sujet traitent de la notion de dommage à l'environnement[42]. Le dommage à l'environnement est au moins lié à des réclamations revendiquant l'adoption de mesures raisonnables d'intervention et de remise en état[43], y compris le coût du nettoyage et l'indem-

*(Suite de la note 34.)*

comme on a jugé que tel avait été le cas avec l'invasion du Koweït par l'Iraq, cet État est responsable des dommages. Par contre, la violation du droit de la guerre applicable par un État qui est engagé dans un conflit dans l'exercice légitime de son droit à se défendre peut fonder le droit à engager une action en indemnisation. Mais le problème tient à ce que les réclamations concernant les conflits demeurent en général sans solution tant qu'il n'est pas possible de se prononcer sur la licéité de l'emploi de la force et la légalité du fait quand une cible particulière est détruite. Pour une analyse intéressante, voir Austin et Bruch, «The Kosovo conflict: a case study of unresolved issues».

[35] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), annexe I, p. 115 et 116, par. 23 du commentaire relatif à l'article 1. Voir également *Annuaire… 1998* (note 26 *supra*), p. 199, par. 111 *c*, et *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 163, art. 2 *a* du projet d'articles sur la prévention, précisant que seules les activités présentant le «risque de causer un dommage transfrontière significatif» relevaient de son champ d'application.

[36] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 90, par. 27 du commentaire relatif au projet de principe 4. Voir également *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/543, p. 89. Voir en outre l'annexe VI au Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement.

[37] A/CN.4/549/Add.1 (voir *supra* la note 6), par. 61. Voir également les déclarations de la Nouvelle-Zélande [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 17e séance (A/C.6/59/SR.17), par. 89] et du Mexique [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 47], et les commentaires des Pays-Bas (document A/CN.4/562 et Add.1, sect. D, reproduit dans le présent volume).

[38] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/540, p. 76, par. 36 *h*.

[39] Voir A/CN.4/L.661 et Corr.1, par. 2.

[40] En ce qui concerne les difficultés soulevées par la question du dommage à l'indivis mondial, telles que la qualité pour agir et les motifs juridiques valables pour présenter une réclamation, voir Charney, «Third State remedies for environmental damage to the world's common spaces», p. 150, Xue, *Transboundary Damage in International Law*, p. 236 à 269, et Leigh, «Liability for damage to the global commons».

[41] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7 et suiv., en particulier p. 77 et 78, par. 140. Voir également *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 79, commentaire relatif au projet de principe 2, par. 15.

[42] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 78, commentaire relatif au projet de principe 2, par. 13 et note 400.

[43] En ce qui concerne la remise en état, il est convenu qu'elle devrait viser à recréer les conditions qui existaient avant que ne survienne le dommage. Lorsqu'elle s'avère impossible, il est justifié de rembourser les frais engagés pour la remplacer, si nécessaire, par quelque chose d'équivalent (ibid., commentaire relatif au projet de principe 2, par. 19). S'agissant de l'approbation de trois projets d'indemnisation (pour la perte de terrains de parcours et d'habitats, la Jordanie a obtenu 160 millions de dollars des États-Unis, pour les réserves littorales, le Koweït a obtenu 8 millions de dollars des États-Unis et l'Arabie saoudite 46 millions de dollars des États-Unis) afin de remplacer des services écologiques irrémédiablement perdus à la suite de la guerre du Golfe de 1991 [voir Commission d'indemnisation des Nations Unies, Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la cinquième tranche de réclamations «F-4» (S/AC.26/2005/10), annexes techniques

nisation des dommages découlant de l'atteinte à l'environnement dans la mesure où ils se traduisent par une perte de revenu directement liée à un intérêt économique dans une utilisation quelconque de l'environnement[44]. Vu le souci de l'époque actuelle pour l'environnement, le Rapporteur spécial est d'avis qu'il vaut mieux rédiger en des termes plus larges la définition de l'environnement dans un régime de la responsabilité qui est général et supplétif pour «tempérer toute limite imposée par les régimes de responsabilité aux mesures correctives acceptables[45]».

14. Troisièmement, constatant l'intérêt de l'optique adoptée par la Commission, certains gouvernements ont exprimé le vœu d'aller encore plus loin et de reconnaître la recevabilité de réclamations au titre de la «valeur de non-usage». La Commission elle-même a exprimé un certain soutien à cette revendication: elle a adopté le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, tout en concédant que de tels dommages étaient difficiles à quantifier[46]. 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 F-4 pour dommages causés à l'environnement et préjudices causés à la santé publique, le Comité de commissaires chargé d'examiner les réclamations F-4 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 demandes pour la perte temporaire d'utilisation des ressources au cours de la période qui avait précédé la remise en état[47]. La définition plus large de l'environnement dans le contexte du projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses ouvre des possibilités de développement futur du volet «responsabilité» du droit.

### 5. Multiplicité des réclamations

15. On peut envisager une multiplicité de réclamations selon plusieurs scénarios. Dans un cas, les réclamations seraient déposées par un requérant pour les dommages subis dans un État donné, contre l'État d'origine qui ne se serait pas acquitté de l'obligation de faire preuve de la diligence voulue et contre l'exploitant qui aurait causé le dommage transfrontière. Deux hypothèses sous-tendent cette démarche, à savoir que l'État d'origine a manqué à son devoir de diligence d'une part et que les États et les individus touchés n'en ont pas eu connaissance d'autre part, de sorte qu'ils n'ont pas pu prendre les mesures voulues avant que le dommage ne survienne effectivement[48]. Normalement, si les autres États et les personnes physiques ou morales intéressés en avaient eu connaissance avant que le dommage ne survienne, ils auraient pu adresser des représentations à l'État d'origine pour l'inciter à s'acquitter des obligations qu'il avait à leur égard en vertu du droit international. La plupart des obligations de diligence voulue incorporées dans le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses sont considérées comme faisant partie du droit coutumier[49] et tout manquement à l'une ou l'autre de ces obligations devrait empêcher l'État d'origine de prétendre que l'absence de diligence n'est pas à l'origine du dommage[50]. En pareil cas, les victimes pourraient invoquer la responsabilité de l'État (*responsibility*) et la responsabilité de l'exploitant (*liability*). Dans la mesure où il peut y avoir des réclamations fondées sur la même qualité pour agir contre l'État et l'exploitant, la multiplicité des réclamations est une possibilité qui n'a rien de virtuel. La responsabilité de l'État d'origine pourrait être invoquée par d'autres États, tandis que la responsabilité de l'exploitant, le défendeur, pourrait l'être par les victimes du dommage, que les requérants soient des personnes physiques ou morales. La question de savoir si on peut envisager des réclamations contre l'État après épuisement des recours contre l'exploitant – dont la responsabilité est limitée – ou en tant que requêtes distinctes et indépendantes mérite réflexion et pourrait être réglée selon les circonstances de chaque cas.

16. Les tribunaux pourraient d'abord répondre à une multiplicité de réclamations en les regroupant et en faisant la part de la responsabilité de l'État et de l'exploitant. Dans la mesure où aucun lien de causalité directe ne serait établi entre la responsabilité de l'État et le dommage, l'État pourrait être tenu d'exprimer ses excuses et de donner des garanties d'exécution. Dans la mesure où des dommages matériels se seraient produits parce que l'État ne se serait pas acquitté de ses obligations, il devrait indemniser les requérants de leurs pertes. Quant à l'exploitant, il serait tenu responsable des dommages causés dans les limites de sa responsabilité. Quoi qu'il en soit, l'indemnisation des victimes à ces deux titres ne saurait être supérieure au quantum effectif des pertes subies telles qu'elles auront été appréciées par les tribunaux.

---

I à III, cités dans Sand, «Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War», p. 249, note 41].

[44] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), commentaire relatif au projet de principe 2, p. 79 et 80, par. 18 à 21.

[45] Ibid., p. 79, par. 16.

[46] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, commentaire relatif à l'article 36, p. 108, par. 15: «[L]es 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 appelé[e]s "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.» Voir également Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*: *Introduction, Text and Commentaries*, p. 223.

[47] Voir S/AC.26/2005/10 (note 43 *supra*). Voir également Sand, loc. cit., p. 247. Réparties en cinq tranches, les réclamations acceptées par le Comité F-4 et approuvées sans modification par le Conseil d'administration atteignent la somme de 5,26 milliards de dollars des États-Unis, 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 des Nations Unies [S/AC.26/Dec.258 (2005), annexe], également dans *Environmental Policy and Law*, vol. 35, no 6 (décembre 2005), p. 276 à 281.

[48] Si les manquements aux obligations de faire preuve de la diligence voulue par l'État d'origine étaient parvenus à la connaissance des États ou personnes intéressés et que ceux-ci n'ont pas insisté pour que l'État d'origine s'acquitte de ses obligations dans un laps de temps raisonnable, on peut se demander s'il est toujours possible de faire valoir la responsabilité de l'État ultérieurement, au moment du dépôt de demandes d'indemnisation. En effet, tout porte à croire qu'en pareil cas les personnes et les États intéressés ne seraient plus fondés à soulever la question de la responsabilité de l'État (voir Okowa, op. cit., p. 169 et 170).

[49] Voir Birnie et Boyle, *International Law and the Environment*, p. 113.

[50] Okowa, op. cit., p. 169.

17. Selon un autre scénario, la multiplicité des réclamations tiendrait à ce que différentes réclamations auraient été déposées pour le même dommage subi par le même requérant dans différents États. Il est indispensable, dans ce cas, d'empêcher qu'une action en justice ne soit engagée en même temps dans plusieurs juridictions. La Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale offre toute une série de solutions. Ces solutions ont été reprises dans l'ensemble dans un projet de convention proposé plus récemment, en 2001, sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions étrangères en matière civile et commerciale, soumis à la première partie de la Conférence diplomatique de La Haye[51]. Tout en partant du principe qu'il convient d'accorder la priorité à la juridiction de la partie contractante dans laquelle le défendeur est domicilié[52], on peut penser que, s'agissant d'une réclamation pour dommage à l'environnement, une autre juridiction peut être envisagée, à savoir le for de l'État sur le territoire duquel l'acte ou l'omission ayant causé le dommage s'est produit ou encore les tribunaux de l'État sur le territoire duquel le dommage s'est produit[53]. Ainsi, le requérant a le choix du for et peut opter pour celui qu'il juge le plus approprié. L'offre d'un tel choix reposerait sur «une tendance maintenant bien établie dans les deux conventions internationales sur la compétence internationale et dans les systèmes nationaux[54]».

18. En ce qui concerne le choix offert aux victimes d'un dommage transfrontière entre le droit de l'État d'origine[55] et celui de l'État de la victime[56], le principe selon lequel la législation la plus favorable à la victime devrait s'appliquer jouit d'un soutien considérable. Le «principe de la loi la plus favorable», selon les auteurs du deuxième rapport sur l'exécution transnationale du droit de l'environnement à la Conférence de l'Association de droit international (Berlin, 2004), a été adopté dans plusieurs pays d'Europe, en Tunisie et au Venezuela, même peut-être en Chine[57]. Plusieurs auteurs, et même ceux qui n'ont pas l'habitude de préconiser son application systématique dans les actions en responsabilité civile transfrontières, y sont favorables lorsqu'il s'agit de pollution transfrontière[58]. Le droit américain pour sa part semble être acquis au droit du lieu qui a «le rapport le plus significatif» avec le fait en cause et les parties[59]. Malgré l'absence d'uniformité totale dans la législation et la pratique des pays, il semble juste d'adopter le «principe de la loi la plus favorable» qui a l'avantage de relever le niveau de protection de l'environnement et d'encourager d'une façon ou d'une autre l'exploitant à assurer au mieux l'entretien de son installation[60].

### 6. Statut juridique du projet de principes

19. En ce qui concerne le statut juridique du projet de principes, alors que peu d'États ont fait part de leur position, certaines délégations sont partisanes de faire de ce texte un projet d'articles, ce qui suppose que les États soient disposés à accepter au moins certains sinon la plupart des principes comme étant *de lege ferenda*, preuves d'une pratique constante des États. Manifestement, d'autres délégations aimeraient traiter le projet comme s'il s'agissait d'un simple idéal à atteindre.

20. Il est de toute évidence difficile de déterminer le statut juridique du projet de principes. Tout d'abord, on ne peut se contenter d'affirmer avec autorité et de façon convaincante qu'un principe s'inscrit dans le droit international général du simple fait que, d'un commun accord, des États l'ont repris à leur compte à maintes reprises dans le texte de traités. Le fait que les traités conclus ne sont pas entrés en vigueur ou n'ont aucune chance d'entrer en vigueur poserait problème par exemple. Quand bien même ces traités seraient en vigueur, ils seraient de prime abord et jusqu'à preuve du contraire[61] considérés au mieux comme la simple expression d'arrangements bilatéraux et multilatéraux et, partant, comme applicables uniquement entre les parties aux traités en cause. Ils ne sauraient donc être considérés en soi comme étant à la source d'un principe général de droit international.

21. Dans le cas du droit coutumier, il est extrêmement compliqué de produire la preuve d'une pratique constante et uniforme des États, essentiellement faute d'accord sur ce qui constitue la pratique pertinente. La charge de la preuve de l'*opinio juris* qui accompagne la pratique

[51] Conférence de La Haye de droit international privé, «Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la première partie de la Conférence diplomatique (6-20 juin 2001)», préparé par le Bureau permanent et les Rapporteurs.

[52] Cela s'explique par 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 de 1968 et la Convention parallèle de 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale 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» (Bar, «Environmental damage in private international law», p. 336).

[53] Voir Bernasconi et Betlem, «Transnational enforcement of environmental law», p. 900. On peut toutefois invoquer comme moyen de défense, à condition de le prouver, que l'on ne pouvait pas prévoir que cet État, autre que l'État d'origine, subirait des dommages.

[54] Ibid., p. 899.

[55] Ibid., p. 914. L'Autriche, le Danemark, la Finlande, le Japon et la Suède ont retenu la loi du lieu de l'activité dangereuse (*lex loci actus*).

[56] Ibid., l'Espagne, la France, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Turquie et, plus récemment, les Pays-Bas ont retenu la loi du pays où le dommage a été subi (*lex damni*). Au Canada, le Québec a une législation similaire.

[57] Ibid., p. 911.

[58] Ibid.

[59] Ibid., p. 914 et 915. Au titre du paragraphe 2 de l'article 145 du *Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws* de 1971, on entend par «contacts» à prendre en considération le lieu du dommage, le lieu où l'acte dont découle le dommage a été commis, le domicile, la résidence, la nationalité, le lieu d'enregistrement et le lieu d'établissement des parties, et le lieu où les parties entretiennent l'essentiel de leurs relations.

[60] Ibid., p. 912.

[61] Tout en reconnaissant combien il est difficile de considérer les traités comme des éléments de preuve décisifs du droit coutumier, Baxter a fait observer que chacun des traités multilatéraux et bilatéraux «doit être apprécié par rapport à d'autres éléments illustrant le droit coutumier avant que l'on puisse s'assurer de la règle de droit international». Selon lui: «La tâche est plus facile dans le cas d'un traité qui déclare le droit, tel un traité de codification […]. Même un projet de traité ou un traité qui a été signé mais n'est pas encore entré en vigueur aura du poids […]. La plus ou moins grande ampleur des travaux préparatoires, le nombre de participants au processus de rédaction du texte du traité et, surtout, le fait qu'il représente, par rapport à tous les autres éléments attestant du droit, une déclaration claire et uniforme du droit plaident en sa faveur auprès des non-parties. Il s'agit là d'éléments *faciles* à utiliser» (Baxter, «Treaties and custom», p. 99 et 100).

des États est plus problématique encore, car les États annoncent rarement leurs intentions lorsqu'ils suivent une pratique donnée. L'évaluation de l'*opinio juris* implique par conséquent une analyse subjective à deux niveaux, au niveau de l'État qui doit porter un jugement avant d'opter pour ce qu'il conçoit comme étant une pratique constante et uniforme et au niveau du décideur/observateur qui se demande si les États suivent effectivement cette pratique dans l'idée qu'elle est obligatoire et non pas seulement parce qu'ils la jugent commode ou avantageuse. D'où la complexité de l'évaluation du droit coutumier par rapport à tel ou tel principe[62]. Outre les difficultés indiquées, dans la pratique, malgré le mandat qui lui a été confié par l'article 15 de son Statut, la Commission ne différencie pas normalement les recommandations qu'elle adopte au titre de la codification du droit international en vigueur de celles qui relèvent du développement progressif du droit[63].

22. Malgré les difficultés inhérentes à tout exercice d'évaluation du statut juridique du projet de principes, on ne saurait sous-estimer la valeur juridique de ces principes puisqu'ils ont été maintes et maintes fois affirmés dans les législations nationales et les traités comme illustrant une tendance dominante du droit international et reflétant des orientations communes[64]. La présomption en faveur de l'*opinio juris* est forte lorsque les États choisissent de répéter telle formule tout en en rejetant d'autres possibles proposées à l'adoption parce que celle retenue jouit déjà d'une large acceptation de la part des États. On a fait observer que la Commission n'avait pas hésité à codifier des principes coutumiers du droit de la mer en se fondant sur des législations nationales uniformes et les commentaires des États[65]. On a aussi relevé que les efforts de la Commission pour «reprendre à son compte l'évolution qui s'est produite dans un domaine bien précis du droit et l'incorporer dans le *droit acquis*[66]» n'étaient pas dénués d'intérêt juridique.

[62] Voir Daillier et Pellet, *Droit international public* (*Nguyen Quoc Dinh*), p. 334 à 336. Voir également Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems».

[63] Voir, de façon générale, Sinclair, *The International Law Commission*, p. 7. La fonction principale de la Commission, énoncée à l'article 1 de son Statut, promouvoir le développement progressif du droit international (principalement public) et sa codification, a fait l'objet de longs débats. Il était entendu, dès le début des travaux de la Commission, qu'elle ne pourrait pas distinguer strictement développement progressif et codification, que ce soit pour choisir des méthodes ou des procédures de travail ou pour décider de la forme définitive de ses recommandations finales. Il est plus difficile encore, comme l'expérience de la Commission l'a montré, de bien différencier les conclusions qui relèvent d'un domaine de celles qui relèvent de l'autre. Sinclair a noté que la Commission, «à un stade assez précoce de ses travaux, a plus ou moins renoncé à faire nettement la distinction entre ses projets impliquant du "développement progressif" et ceux impliquant de la "codification"». Briggs (*The International Law Commission*, p. 140) l'a fait observer à l'époque de son rapport, en 1956: «[E]n rédigeant ses règles sur le droit de la mer, la Commission a acquis la conviction que, dans ce domaine tout au moins, on pouvait difficilement conserver la distinction faite dans le Statut entre les deux activités [codification et développement]» (*Annuaire… 1956*, vol. II, document A/3159, p. 255, par. 26). Voir également Mahiou, «Rapport général», p. 19.

[64] Dans le document A/CN.4/543 (voir *supra* la note 36), il est fait une remarque pertinente à cet égard au paragraphe 6: «L'étude n'a pas ignoré la difficulté qu'il y a à déterminer qu'un cas particulier constitue une "preuve" de la pratique des États. Des politiques différentes peuvent motiver la conclusion de certains traités ou l'adoption de certaines décisions. Il peut s'agir de compromis ou d'arrangements dictés par des raisons extérieures. Cependant, des exemples répétés de pratique des États, lorsqu'ils sont inspirés par des politiques semblables, peuvent laisser présumer que ces précédents inspireront le comportement futur. Même si certaines de ces politiques n'ont pas été énoncées de façon explicite lors des événements considérés ou même si elles ont été tenues à dessein dans le vague, un comportement qui se perpétue peut déboucher sur la création d'une norme coutumière. Que les normes examinées soient ou non considérées comme faisant partie de droits coutumiers, elles mettent en évidence une tendance des anticipations et peuvent contribuer à préciser les politiques suivies en ce qui concerne certains principes détaillés applicables en matière de responsabilité internationale. La pratique montre également comment des principes concurrents comme ceux de la "souveraineté de l'État" et de la "juridiction nationale" doivent être conciliés avec les nouvelles normes.» Voir également Baxter, «Multilateral treaties as evidence of customary international law», p. 291, où il prenait acte de l'intérêt juridique de la Convention sur la haute mer comme source de droit pour les États qui n'y étaient pas encore devenus parties.

[65] Brownlie, op. cit., p. 384. C'est ce qui s'est passé, au dire de l'auteur, en droit de la mer où la Commission s'est appuyée surtout sur les législations nationales et les commentaires des gouvernements.

[66] Opinion de M. James Crawford citée dans Boyle, «Globalising environmental liability: the interplay of national and international law», p. 19.

## Chapitre II

## Examen de certains points saillants du projet de principes

23. Le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, adopté par la Commission en première lecture en 2004, est le fruit d'un examen attentif des tendances qui ont marqué l'évolution de ce sujet pendant une longue période. La Commission a discuté à de nombreuses occasions du degré de rigueur de la ligne de conduite que le projet de principes représente et de sa valeur juridique et elle s'est fondée pour le formuler sur des conclusions ayant recueilli une large adhésion. Certaines des principales dispositions ont également été reconnues comme ayant valeur de règles générales du droit international, fût-ce, pour certaines d'entre elles, de règles très générales, et aucune uniformité ne peut encore être inférée de la pratique des États en ce qui concerne l'application d'éléments précis associés aux concepts généraux. À ce stade, il peut être instructif d'examiner certains des points saillants du projet de principes et son statut juridique à la lumière de la pratique des États, des décisions judiciaires et des avis des commentateurs.

### A. Mesures ou principe de précaution

24. Les considérations qui précèdent s'appliquent par exemple aux «mesures de précaution» adoptées comme principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[67]. Certains États considèrent

[67] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

qu'il s'agit d'un principe, alors que les accords mondiaux parlent de mesures. La différence de terminologie est de peu d'importance, encore que les nuances puissent varier[68]. Il s'agit d'un principe, ou de mesures, que les États doivent respecter ou prendre lorsqu'ils s'acquittent de l'obligation de diligence raisonnable énoncée dans le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses autorisées sur le territoire ou sous le contrôle de l'État d'origine. Bien qu'il soit né essentiellement de la pratique européenne[69], en tant que principe ou démarche de gestion prudente du développement économique et de l'exploitation des ressources naturelles et de la diversité biologique compatible avec la protection de l'environnement, le principe est accepté dans le monde entier[70]. Son contenu et son statut juridique peuvent être décrits comme suit:

> Bien qu'il évolue encore, le principe de précaution semble une norme de droit international reconnue tant par la doctrine que dans la pratique […] encore que, aux deux extrémités du spectre [Europe et États-Unis], l'unanimité ne soit pas encore faite sur la question de savoir s'il s'agit d'un principe directeur ou d'une norme ayant force obligatoire.
>
> […]
>
> L'application de ce principe consisterait principalement à suivre des procédures objectives d'évaluation des risques, à définir le niveau de risque socialement acceptable, à mener des recherches scientifiques continues et à réexaminer les mesures de précaution en fonction de l'évolution des connaissances. La question de la charge de la preuve reste peut-être l'aspect le plus controversé du principe de précaution, l'inversion de la charge de la preuve en étant souvent considérée comme l'expression ultime.
>
> […]
>
> Il importe de signaler qu'un principe ayant acquis le rang de norme ne deviendra pas nécessairement une règle. Le fait qu'un traité fasse de la précaution une règle n'empêche pas la précaution de demeurer une norme. En droit interne, par exemple, le critère du caractère raisonnable tire sa force du fait qu'il constitue une norme de jugement, mais il ne peut devenir une règle stricte. Il en va de même des normes internationales. Le principe de précaution tirera donc sa valeur juridique du développement qui lui sera donné par les négociateurs et de son interprétation par les juridictions plutôt que de sa conversion en règle traditionnelle[71].

25. Des principes directeurs ont été élaborés pour aider les décideurs et les responsables de l'élaboration des politiques à appliquer le principe de précaution. Selon ces principes directeurs, s'ils peuvent utiliser les meilleures informations que peuvent leur fournir des institutions indépendantes, devant rendre des comptes au public et exemptes de conflit d'intérêts, les décideurs doivent tenir compte, dans leurs décisions, de tous les coûts et avantages sociaux et économiques de l'application du principe de précaution[72]. Ainsi que l'a fait observer un savant commentateur, il est dans une certaine mesure «trop simpliste» de débattre du statut juridique du principe et, dans la réalité, les tribunaux judiciaires et les responsables de l'élaboration des politiques tiennent compte de ce principe et l'appliquent aux situations particulières avec un effet appréciable[73].

26. Le rôle croissant du principe de précaution dans le contexte de l'application du projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, lors de la survenance de dommages transfrontières et après cette survenance, demeure donc à préciser. Il est certain qu'au cours de la survenance du dommage, l'État d'origine a l'obligation de veiller à ce que soient prises et, au besoin, de prendre lui-même ou en coopération avec l'exploitant et les autres entités compétentes intéressées, toutes les mesures d'intervention appropriées pour atténuer les effets du dommage, et ce au moyen des meilleures techniques disponibles. Selon Wolfrum, cette obligation est directement liée à l'application du principe de précaution[74]. Ainsi qu'il a déjà été noté, ce principe a des

---

[68] Sands estime que le libellé du principe 15 de la Déclaration de Rio recueille maintenant un large appui (*Principles of International Environmental Law*, p. 279). Voir également, *passim*, de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, p. 91 à 223.

[69] Le principe a d'abord été adopté par le droit allemand, voir Boehmer-Christiansen, «The precautionary principle in Germany: enabling government». Aux termes du paragraphe 2 de l'article 174 du Traité instituant la Communauté européenne, la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement «est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive». Le principe a été entériné par la Cour européenne de justice dans l'affaire C-180/96 R, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, ordonnance de la Cour du 12 juillet 1996, *Recueil de jurisprudence de la Cour de justice (1996)*, p. I-3903, et dans l'affaire T-76/96 R, *The National Farmers' Union and Others c. Commission des Communautés européennes*, ordonnance du Président du tribunal de première instance du 13 juillet 1996, ibid., p. II-815. Le principe de précaution a été consacré par presque tous les instruments internationaux relatifs à l'environnement depuis 1992 (voir Kiss et Shelton, *International Environmental Law*, p. 207).

[70] Dans l'affaire du *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 41), la Cour internationale de Justice ne s'est pas prononcée sur le principe, bien que la Hongrie l'ait invoqué et que le juge Weeramantry l'ait approuvé dans son opinion dissidente (voir Birnie et Boyle, op. cit., p. 118).

[71] Boutillon, «The precautionary principle: development of an international standard», p. 468 et 469. Un point de vue assez proche, sans être identique, est exprimé par McIntyre et Mosedale: «Le principe de précaution est donc un outil de décision en cas d'incertitude scientifique, ce qui change effectivement le rôle des données scientifiques» («The precautionary principle as a norm of customary international law», p. 222). Selon Sands, le principe reflète le droit coutumier, op. cit., p. 279.

[72] Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), Principes directeurs relatifs au principe de précaution dans le cadre de la conservation de la diversité biologique et de la gestion des ressources naturelles, initiative conjointe de Fauna & Flora International et de l'UICN, *Environmental Policy and Law*, vol. 35, nº 6 (décembre 2005), p. 274.

[73] Pour l'application du principe en Inde, voir *A. P. Pollution Control Board v. M. V. Nayudu*, (Inde, *Supreme Court Cases*, 2001, nº 2, p. 62). Saisi de la question de savoir si une industrie dangereuse devait être autorisée à poursuivre son activité malgré le risque de pollution des eaux souterraines posé par les effluents de son usine, le tribunal supérieur de l'Andhra Pradesh a autorisé la poursuite des opérations, sur la foi des avis d'experts de cette branche d'activité. En appel, la Cour suprême, ayant obtenu des avis scientifiques d'un éventail plus large de sources et d'organes d'experts indépendants, a annulé l'autorisation accordée par la juridiction inférieure et a ordonné la cessation de l'exploitation de l'usine parce que les données scientifiques indiquaient un risque plus élevé de contamination des eaux souterraines par des dépôts de nickel contenus dans les effluents de l'usine. La Commission du droit de l'Inde note que le principe de précaution a sans aucun doute été appliqué en l'espèce et qu'«il est toujours possible, si l'on dispose de données plus complètes et si l'on applique de meilleures procédures scientifiques ou de meilleures techniques, de formuler des conclusions plus précises» [Cent quatre-vingt-sixième rapport sur la proposition tendant à instituer des tribunaux de l'environnement (septembre 2003), p. 18; disponible à l'adresse suivante: http://lawcommissionofindia.nic.in].

[74] À propos de l'obligation d'utiliser les meilleures techniques disponibles, Wolfrum a noté qu'elle était étroitement liée au principe de précaution («International environmental law: purposes, principles and means of ensuring compliance», p. 15). Selon un autre auteur, le terme «disponibles» signifie que «les États sont tenus d'appliquer seulement

incidences importantes sur la présentation et l'examen des demandes d'indemnisation et sur les réparations qui doivent être offertes aux victimes. Par exemple, une réparation possible est de suspendre ou de faire cesser l'activité après la survenance du dommage, voire lorsque la menace d'un dommage est réputée exister selon les meilleurs éléments de preuve scientifiques disponibles, même si ceux-ci ne sont pas tout à fait définitifs, jusqu'à ce que l'activité soit de nouveau jugée sûre pour l'environnement. En conséquence, lors de la présentation ou de l'examen des réclamations, en particulier de celles tendant à faire cesser ou suspendre les opérations dangereuses, le principe de précaution semble jouer sur le critère de la preuve exigée et sur l'inversion de la charge de la preuve[75].

### B. Le principe du pollueur-payeur: responsabilité objective et limitée de l'exploitant

27. De forts arguments permettent d'affirmer qu'en vertu du droit international coutumier, la responsabilité de l'exploitant[76] pour les dommages découlant d'activités extrêmement dangereuses est une responsabilité objective mais limitée. 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 contrôle. C'est ce que l'on appelle de façon générale le principe du pollueur-payeur. Si l'on ne peut dire que le principe du pollueur-payeur ait acquis le statut de principe général du droit international[77], la responsabilité de l'exploitant pour les activités extrêmement dangereuses qu'il dirige peut être

les progrès technologiques déjà commercialisés, et non pas toute nouvelle technique apparue dans le domaine de la lutte contre la pollution» (Stoll, «Transboundary pollution», p. 182).

[75] Pour une interprétation de l'application du principe de précaution, voir Freestone, «The road from Rio: international environmental law after the Earth Summit», p. 211. Pour des exemples de suspension d'activités, voir Birnie et Boyle, op. cit., p. 118. Le Tribunal international du droit de la mer a suspendu l'exploitation du thon rouge en raison de l'incertitude scientifique entourant la conservation des stocks de thon jusqu'au règlement du différend [voir *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, *TIDM Recueil 1999*, p. 262 et suivantes]. Pour un exemple de fermeture des opérations, voir l'affaire *A. P. Pollution Control Board v. M. V. Nayudu* (note 73 *supra*). Sadeleer note que le principe de précaution devrait jeter un éclairage nouveau sur la diligence voulue et alléger l'obligation de prouver le lien de causalité (op. cit., p. 212).

[76] La définition de l'«exploitant» donnée dans le projet 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 français. Voir Reid, «Liability for dangerous activities: a comparative analysis», p. 755. De façon plus générale, il est signalé que si aucune définition de base, d'application générale, du terme «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» (Larsson, *The Law of Environmental Damage*. *Liability and Reparation*, p. 401). 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 dirigent. Voir l'alinéa *c* de l'article 2 de l'annexe VI au Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement: Responsabilité découlant de situations critiques pour l'environnement, qui définit le terme «opérateur» comme étant «une personne physique ou morale, qu'elle soit gouvernementale ou non gouvernementale, qui organise des activités devant être conduites dans la zone du Traité sur l'Antarctique. Un opérateur n'inclut pas une personne physique qui est un employé, un entrepreneur, un sous-traitant ou un agent, ou qui est au service d'une personne physique ou morale, gouvernementale ou non gouvernementale, qui organise des activités devant être conduites dans la zone du Traité sur l'Antarctique, et n'inclut pas une personne morale qui est un entrepreneur ou un sous-traitant agissant au nom d'un opérateur étatique». La définition du terme «exploitant» employée à l'alinéa *e* du principe 2 du projet adopté par la Commission en 2004 est une définition fonctionnelle. À ce sujet, et pour un exposé relatif aux définitions du terme «exploitant» employées dans des conventions, voir le commentaire relatif au principe 2, par. 26 à 29, *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 81 et 82.

[77] Wolfrum note que «[b]ien que la Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures 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» («International environmental law…», p. 19). Voir, *passim*, Sadeleer, op. cit., p. 21 à 60. Cependant, le principe du pollueur-payeur a été affirmé ou est actuellement affirmé par différentes juridictions internes, avec des effets variables. La Cour suprême de l'Inde, dans l'affaire *Vellore Citizens' Welfare Forum v. Union of India* (*All India Reporter 1996*, vol. 83, Supreme Court Section, p. 2715), a jugé que le principe de précaution, le principe du pollueur-payeur et 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 [voir le rapport de la Commission du droit de l'Inde (note 73 *supra*), p. 36]. 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 *cujus est commodum ejus debet esse 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 des 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 le principe du pollueur-payeur sous différentes formes. Dans l'affaire *Époux Vullion c. Société immobilière Vernet-Christophe* (JCP 1971.II.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, adopté en 1998 et entré en vigueur le 1er 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 de déchets dangereux des navires. Elle s'apprête également à mettre en œuvre la Directive européenne 2004/35/CE de 2004 (voir *supra* la note 18), qui impose la responsabilité objective et le principe du pollueur-payeur en cas de dommage environnemental; cette directive entrera en vigueur en 2007. 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 (loi no 107) 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 significatifs. 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. Les renseignements concernant les différentes législations et pratiques nationales sont fondés sur des mémoires sur le droit interne rédigés par les étudiants de la classe de droit environnemental de Mme Dinah Shelton, de la faculté de droit de l'Université George-Washington, à Washington, pour être présentés au Rapporteur spécial et qui sont conservés par lui. Voir également le document A/CN.4/543 (note 36 *supra*).

considérée comme ayant acquis ce statut[78]. 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 détaillés[79], 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 défendeur[80]. Cependant, dans le cas des dommages découlant d'activités dangereuses, on peut légitimement considérer la responsabilité objective mais limitée de l'exploitant au plan international comme une indication de développement progressif du droit[81].

28. 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 constituants 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.

29. Plusieurs démarches sont possibles à cet égard[82]. On peut, par exemple, adopter une définition appropriée du terme «dommage», ainsi qu'il a été fait dans le projet de principe 2, 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 ensuite spécifier, tout en désignant la responsabilité objective comme norme de la responsabilité civile, 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 noté que l'exploitant n'a pas le loisir de plaider la non-responsabilité au motif que l'utilisation en cause est une utilisation naturelle, et qu'il suffit que l'utilisation comporte un risque de préjudice pour autrui pour établir la responsabilité.

30. La responsabilité objective admet, certes, des moyens de défense et les traités internationaux comme le droit interne prévoient de multiples cas d'exonération[83]. Cependant, pour faire ressortir le rôle que pourrait jouer le principe du pollueur-payeur dans l'économie générale du projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, il peut être opportun d'y insérer une liste minimale de ces exonérations, comprenant les actes de conflit armé, les hostilités, la guerre civile ou l'insurrection, les cas de force majeure ou les catastrophes naturelles et les actes de tiers, y compris les actes des victimes (ou faute de la victime)[84].

---

[78] Dans le document A/CN.4/543 [*Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), p. 117, par. 112], le Secrétariat, après avoir examiné les législations et pratiques de droit interne concernant les activités anormalement dangereuses ou comportant des risques exceptionnels, conclut: «Cet aperçu du droit interne montre que la responsabilité objective, en tant que concept juridique, est apparemment admise aujourd'hui par la plupart des systèmes juridiques. L'étendue des activités sujettes à la responsabilité objective peut varier; dans certains pays, la gamme de ces activités est plus limitée que dans d'autres. Le fondement juridique de la responsabilité objective varie aussi: il peut s'agir d'une "présomption sans faute", de la notion de "risque", d'"activités dangereuses", etc. Cependant, il est évident que la responsabilité objective est un principe commun à un nombre appréciable de pays ayant des systèmes juridiques différents et ayant tous eu à réglementer les activités auxquelles s'applique ce principe. Si les modalités d'application de ce dernier peuvent varier selon les États, la façon dont les États interprètent et formulent ce principe est essentiellement la même. Le régime de la responsabilité objective est également employé de plus en plus dans la législation relative à la protection de l'environnement.»

[79] Voir Reid, loc. cit., p. 756. Voir en outre document A/CN.4/543 (note 36 *supra*), p. 100, par. 23.

[80] Voir également document A/CN.4/543 (note 36 *supra*) pour un examen instructif de la notion de responsabilité en droit civil et en *common law*.

[81] Le Groupe de travail de la Commission sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international a hésité en 1996 à désigner les dommages découlant de toutes les activités visées par le projet de principes comme relevant du régime de la responsabilité objective. 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 [extrêmement dangereuses] 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 (2e partie), p. 140, 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 établie par le Secrétariat [*Annuaire… 1995*, vol. II (1re partie), p. 67, document A/CN.4/471].

[82] Pour les suggestions qui suivent, le Rapporteur spécial s'est inspiré des observations précieuses de Reid, loc. cit., p. 741 à 743. Voir également le chapitre I B. de l'excellente étude des régimes de responsabilité établie par le Secrétariat [document A/CN.4/543 (*supra* note 36), par. 29 à 260]. Dans l'affaire *M. C. Mehta c. Union of India* (l'affaire de la fuite de gaz Oleum), *All India Reporter 1987*, vol. 74, Supreme Court Section, p. 1086, la Cour suprême de l'Inde a jugé que, dans le cas des activités dangereuses, les dérogations 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 du droit de l'Inde (note 73 *supra*), p. 30].

[83] Voir document A/CN.4/543 (note 36 *supra*).

[84] Les actes terroristes sont inclus dans l'instrument le plus récent relatif à la responsabilité, l'annexe VI au Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement: Responsabilité découlant de situations critiques pour l'environnement. Le paragraphe 1 de l'article 8 de l'annexe VI, qui traite des exonérations de responsabilité, 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.»

### C. Obligations notables des États

31. La responsabilité des États pour les dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses ou extrêmement dangereuses ne semble recueillir aucun appui, même au titre du développement progressif du droit. Toutefois, il est nettement reconnu comme principe général du droit international que l'État doit s'acquitter de l'obligation de diligence raisonnable tant au stade de l'autorisation des activités dangereuses[85] qu'à celui du contrôle des activités en cours autorisées par lui, et ce jusques après la survenance effective d'un dommage malgré tous les efforts faits pour le prévenir. Dans son arrêt relatif au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a noté la nécessité, et l'on pourrait dire l'obligation, 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[86]».

32. Ces obligations de droit coutumier emportent également certaines obligations corollaires. Aux fins du présent projet de principes, l'obligation visée entraîne, pour les États concernés, le devoir d'être 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 disponibles[87]. Les États sont dès lors 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 risques et aux moyens techniques, technologiques et financiers dont ils disposent pour les gérer. L'État concerné a également l'obligation, selon le droit coutumier, de notifier tous les États intéressés lorsqu'une situation critique survient en raison de l'activité en question, que le dommage transfrontière soit imminent ou soit déjà réalité[88]. Lorsqu'ils ont été informés, le droit coutumier fait également obligation aux États touchés de prendre toutes les mesures appropriées et raisonnables pour atténuer le dommage auquel ils sont exposés[89]. La diligence raisonnable que doit exercer un État à cet égard est évidemment celle que l'on associe à la bonne gouvernance. Il n'en faut pas moins se rappeler qu'étant donné l'écart important qui existe entre les conditions sociales et économiques des États, comme le rappelle avec tant de pertinence le principe 11 de la Déclaration de Rio[90], les normes appliquées par certains pays peuvent ne pas convenir à d'autres pays, en particulier à des pays en développement, et leur imposer un coût économique et social injustifié[91].

### D. Le principe de non-discrimination et les normes minimales

33. Le paragraphe 3 du projet de principe 6 fait référence au principe de non-discrimination, selon lequel les États doivent s'assurer que les recours offerts aux victimes de dommages transfrontières ne sont pas moins rapides, adéquats et effectifs que ceux dont disposent leurs nationaux. Ce principe comprend donc une composante de procédure et une composante de fond. La première, procédurale, veut que l'État d'origine offre des recours judiciaires aux résidents de l'État touché sur un pied d'égalité avec ses nationaux. Cette exigence est de plus en plus acceptée dans la pratique des États[92]. La teneur exacte de la

[85] L'obligation d'autorisation préalable s'accompagne d'une obligation de mener une étude d'impact sur l'environnement. Voir Xue, op. cit., p. 166. 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 Okowa, «Procedural obligations in international environmental agreements», p. 282 à 285. Sur la nature des études d'impact environnemental, voir note 25, p. 282, et p. 286.

[86] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 41), p. 68, par. 112.

[87] Ibid., p. 78, 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'imposaient 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. À propos de l'obligation d'utiliser les meilleures techniques disponibles, voir *supra* la note 74.

[88] Okowa (op. cit., p. 170), qui a analysé en profondeur les différents éléments constituants des obligations de diligence raisonnable, notamment leur statut juridique, considère comme certaine l'obligation de l'État d'origine de notifier tous les États concernés lors de la survenance d'une situation critique des dangers auxquels ils sont exposés.

[89] Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 41), 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» (*C.I.J. Recueil 1997*, p. 55, par. 80). 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 ceux qui auraient pu être évités» (ibid.). 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» (ibid.). 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. 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.

[90] Voir *supra* la note 67.

[91] Pour des éléments sur certaines des règles générales de droit international applicables au respect de l'obligation de diligence raisonnable, voir Stoll, loc. cit., p. 180 à 183, et au sujet de la nécessité d'appliquer la norme de la diligence raisonnable en tenant dûment compte des facteurs économiques et sociaux qui touchent les États, p. 181 et 182. Pour l'idée selon laquelle la communauté des États, si elle «souhaite que de meilleures technologies soient utilisées, peut atteindre cet objectif en transférant la technologie de conservation ou de prévention appropriée aux États qui n'y ont pas accès pour des raisons économiques ou autres», voir Wolfrum, «International environmental law…», p. 15 et 16.

[92] Voir Kiss et Shelton, op. cit., p. 201 à 203, et Birnie et Boyle, 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 à ces derniers et la règle de l'exclusion de

*(Suite de la note page suivante.)*

seconde composante du principe de non-discrimination, qui concerne le fond, soulève en revanche des questions plus difficiles et ne recueille pas la même adhésion[93]. Il paraîtrait approprié de considérer que le principe est intégralement respecté dès lors que les mêmes recours sont, sur le fond, offerts aux victimes transfrontières et aux nationaux.

34. Ainsi considéré, comme le note le paragraphe 7 du commentaire relatif au projet de principe 6, «[m]algré ses inconvénients, ce principe 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 pour ce qui est de l'accès à l'information et s'agissant d'assurer la coopération voulue entre les tribunaux et autorités nationales compétents de part et d'autre des frontières nationales[94]». Ainsi qu'il est dit dans le même commentaire, l'inconvénient demeure que le paragraphe 3 du principe 6 «n'atténue pas ni ne résout les problèmes concernant la loi applicable», ni ne le peut, compte tenu de l'économie du projet, ce qui constitue un facteur important et, à l'heure actuelle, un «obstacle» «s'agissant d'offrir des recours judiciaires rapides, adéquats et effectifs aux victimes[95]». Les États, avec l'assistance des organes spécialisés compétents, doivent continuer de s'efforcer, à l'échelon bilatéral et multilatéral, d'atténuer ces problèmes.

35. Dans certaines régions, la teneur des normes minimales est constamment améliorée. Cependant, la généralisation de telles normes à l'échelle mondiale exige une plus grande intégration économique, sociale et politique des valeurs dans différents États et différentes régions du monde[96]. Aussi, bien qu'il ne soit pas possible d'assurer une égalité absolue dans toutes les juridictions par l'application à l'échelle planétaire de normes minimales communes, il devrait du moins être possible de dire que le principe de non-discrimination suppose bien que des recours appropriés et une indemnisation adéquate sont ouverts aux nationaux d'abord en cas de dommages résultant d'activités dangereuses et que les mêmes recours et indemnisations sont également offerts aux victimes transfrontières.

## E. Assurer une indemnisation prompte et adéquate

36. Le projet de principe 3 indique que le projet de principes vise essentiellement à assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes. La norme relative au caractère prompt et adéquat de l'indemnisation, qui a été considérée comme la contribution la plus importante de l'ébauche adoptée par la Commission en 2004, s'appuie sur la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*[97], sur le principe 10 de la Déclaration de Rio[98], sur le paragraphe 2 de l'article 235 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, sur le premier paragraphe de l'article 2 du projet d'articles sur les cours d'eau internationaux élaboré par l'Association de droit international en 1996[99], et sur les précédents du droit relatif aux droits de l'homme[100].

37. Dans ce contexte, il convient de préciser que le «caractère prompt» concerne les procédures régissant l'accès aux tribunaux et les décisions qui doivent être prises conformément au droit interne afin de déterminer l'indemnisation à verser dans un cas d'espèce. Il est d'autant plus nécessaire de souligner ce critère que les poursuites en réparation devant les juridictions internes peuvent entraîner des coûts importants et se prolonger pendant plusieurs années. Afin d'élargir l'accès à une justice efficace et rapide, il a été suggéré de créer des tribunaux spéciaux nationaux ou internationaux dans le domaine de l'environnement[101]. En revanche, une indemnisation «adéquate» peut s'interpréter de différentes manières[102]. 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 constitue une indemnisation adéquate. Une indemnisation fixée par un tribunal dans le cadre d'une affaire dont il a été saisi est une indemnisation adéquate à condition que la procédure ait été régulière. Quoi qu'il en soit, une indemnisation qui n'est ni arbitraire ni hors de toute proportion avec le dommage effectivement subi, même si elle n'est pas intégrale, peut être considérée comme adéquate. En d'autres termes, adéquat ne signifie pas «suffisant».

*(Suite de la note 92.)*

la compétence sur les actions en justice concernant l'étranger que l'on trouve sous diverses formes dans certaines juridictions» («Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses», p. 408).

[93] 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 (op. cit., p. 271 à 274). À propos des limites de la règle de non-discrimination, voir ibid., p. 274 et 275. Voir également Xue, op. cit., p. 106 et 107. Voir en outre Kiss et Shelton, op. cit., p. 201 à 203; Birnie et Boyle, op. cit., p. 269 et 270; et Dupuy, «La contribution du principe de non-discrimination à l'élaboration du droit international de l'environnement». Pour un article affirmant que le principe de non-discrimination est devenu un principe du droit international général, voir Smets, «Le principe de non-discrimination en matière de protection de l'environnement».

[94] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 94.

[95] Ibid., par. 8 du commentaire relatif au principe 6.

[96] Xue, op. cit., exprime bien cette idée lorsqu'elle note tout d'abord que «[l]a réparation des dommages ne concerne pas seulement la justice, mais est une question économique qui exige une allocation de ressources» (p. 107) et ensuite que «même à l'intérieur d'un même écosystème où toutes les parties des ressources entretiennent entre elles des liens naturels, on ne saurait faire fi des frontières nationales, puisque des régimes politiques, économiques et sociaux différents coexistent à l'intérieur de ces systèmes» (p. 108).

[97] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1905.

[98] Voir *supra* la note 67.

[99] Cuperus et Boyle, loc. cit., p. 405.

[100] Pour des indications utiles sur la solidité du principe d'indemnisation prompte et adéquate, voir Boyle, loc. cit., p. 18.

[101] Voir Rest, «Need for an international court for the environment? Underdeveloped legal protection for the individual in transnational litigation». À l'échelon national, la Commission du droit de l'Inde a défendu de façon convaincante la création de tribunaux nationaux de l'environnement en Inde (voir *supra* la note 73). L'accès aux tribunaux, en particulier en ce qui concerne les questions relatives à l'environnement, est un aspect essentiel de l'article 21 de la Constitution indienne. L'Australie et la Nouvelle-Zélande ont déjà des tribunaux de l'environnement.

[102] Pour une énumération exhaustive des cas d'application du principe d'une indemnisation prompte, adéquate et effective dans la pratique, voir Lefeber, op. cit., p. 229 à 311.

CHAPITRE III

## Forme finale du projet de principes

38. Il faut d'abord faire observer que, bien que les projets relatifs à la prévention et à la répartition des pertes en cas de dommages (y compris la responsabilité) aient été conçus à l'origine comme un tout, ils ont en fait été élaborés, sur le fond, en parallèle. Le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses a été rédigé à la faveur d'un large consensus, et son contenu a recueilli une adhésion croissante dans la pratique des États et, ce qui est plus important encore, dans les décisions judiciaires qui ont été rendues dans de nombreuses régions du monde. Le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, quant à lui, est fondé sur quelques principes généraux faisant largement consensus. Par exemple, l'objectif principal du projet, à savoir l'obligation d'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières, est bien accepté dans la pratique des États et dans les décisions judiciaires internes, et certains commentateurs le considèrent comme un principe général du droit international. Aussi s'est-il trouvé un commentateur pour suggérer que la Commission envisage de modifier le libellé du paragraphe 1 du projet de principe 4 et des paragraphes 1 et 3 du projet de principe 6 pour faire de ces recommandations des textes plus prescriptifs, en remplaçant, dans la version anglaise, le mot *should* par *shall*, de manière que les avancées de la Commission sur ce sujet important ne se réduisent pas à une simple «illusion[103]».

39. Toutefois, s'agissant de l'ensemble des obligations annexes qui sont tout aussi importantes que l'obligation de base si celle-ci doit être pleinement exécutée, il faudra encore attendre pour qu'elles soient reconnues par les tribunaux et affirmées dans la pratique des États. Les obligations de conduite et de diligence raisonnable que le projet de principes invite les États à assumer pour donner plein effet au principe de l'indemnisation prompte et adéquate à assurer aux victimes de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, par comparaison avec les obligations de diligence raisonnable imposées aux États dans le cadre de la prévention, doivent être acceptées de façon plus large et plus uniforme par les États. Elles doivent aussi être confirmées non pas par quelques rares décisions judiciaires, comme c'est le cas actuellement, mais par des tribunaux du monde entier. On peut citer à titre d'exemple: l'obligation pour l'État de prévoir la constitution d'un éventail plus large de fonds, et de participer à de tels fonds pour satisfaire les demandes d'indemnisation lorsque l'exploitant ne peut y faire face en raison soit des limites de responsabilité spécifiées dans le droit interne, soit de son insolvabilité; l'obligation pour l'État d'assurer, et pour l'exploitant d'obtenir, une couverture d'assurance suffisante pour les activités dangereuses présentant des risques[104]; l'obligation pour l'État de mettre en place un plan d'urgence et de détenir des moyens techniques et économiques proportionnels aux risques de l'activité; l'obligation complémentaire pour l'État non seulement de surveiller des opérations techniques complexes, mais également de mettre en œuvre des mesures d'intervention efficaces en cas d'incident; et l'obligation de dépasser le principe de base de non-discrimination et d'offrir des recours administratifs et judiciaires et une indemnisation conformes à certaines normes minimales, sur lesquelles il n'existe pour l'heure pas d'entente ni de consensus suffisants.

40. La difficulté à dégager un consensus international s'explique facilement. Les régimes juridiques et les pratiques des États diffèrent même lorsqu'ils adhèrent aux mêmes systèmes de droit. Les difficultés inhérentes à une harmonisation à l'échelle planétaire tombent également sous le sens. D'autres facteurs sont les réalités politiques, les priorités de développement et les ressources limitées des États en développement, faits que confirment l'étude du statut juridique des principes évoqués précédemment ainsi que les rapports précédents et les conclusions formulées par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses[105].

41. Il y a peut-être également lieu de rappeler que, par le passé, la Commission a discuté de la forme à donner au résultat final de l'examen du présent sujet. Certains ont suggéré d'adopter un accord-cadre sans rédiger de règles primaires, d'autres d'adopter des principes directeurs pour aider les États à donner un contenu plus positif à l'obligation fondamentale de coopération. «En tout état de cause, note Sinclair, aucune décision n'a été prise sur la forme du produit final, bien qu'il ressorte du débat que le sujet ne se prête peut-être pas au traitement que la Commission applique habituellement à la rédaction d'articles destinés à être insérés dans une convention[106].»

42. La présentation du résultat final sous une forme plus prescriptive ne présente d'intérêt que si elle est possible et réalisable[107]. On ne saurait non plus nier l'intérêt de

[103] Boyle, loc. cit., p. 19.

[104] Les négociations sur la responsabilité pour les dommages causés à l'environnement au sein de l'Union européenne ont apparemment duré près de quinze ans avant qu'une directive ne soit adoptée, et l'une des dernières questions ayant fait obstacle à la conclusion de l'accord était celle de l'assurance. À titre de compromis, la souscription d'assurances est facultative et non obligatoire [voir «L'Union européenne fera payer les pollueurs pour les dommages à l'environnement», *Agence France-Presse*, 21 février 2004, cité dans le mémoire sur le droit interne suédois établi par des étudiants de la faculté de droit de l'Université George-Washington (voir *supra* la note 77), p. 17, archives du Rapporteur spécial].

[105] *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/540, p. 78, par. 36 *j*.

[106] Sinclair, op. cit., p. 38.

[107] Selon un auteur, «les obligations concrètes (actions et mesures précises) sont en général plus strictes et plus rigoureuses et il est, *ceteris paribus*, beaucoup plus facile d'en vérifier l'application que dans le cas d'autres types d'obligations. En outre, les obligations concrètes peuvent prévenir les différends, en particulier si elles constituent en même temps, implicitement ou automatiquement, des droits directs des parties, comme les obligations relatives aux activités transfrontières (par exemple la Convention de Rotterdam de 1998 sur la procédure

*(Suite de la note page suivante.)*

présenter le produit final sous forme de projet de principes quand aucune autre solution n'est possible[108]. Le commentaire relatif au projet de principes rappelle ceci:

*(Suite de la note 107.)*

de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international et le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques [relatif à la Convention sur la diversité biologique])» (Koester, «Global environmental agreements. Drafting, formulation and character», p. 173). Toutefois, la plupart des accords multilatéraux sur l'environnement, étant adoptés par consensus, sont un bon exemple de l'«art du possible». Le processus d'adoption de ces accords a été qualifié de recherche du «plus petit dénominateur commun», voire de façon encore plus pessimiste. Mais il reste que «les pays désireux de devenir parties à de tels accords cherchent à faire adopter les dispositions qu'ils pourront mettre en œuvre, et évaluent à cette fin non seulement dans quelle mesure, par exemple, ils devront modifier leur législation nationale, mais également la faisabilité, les conséquences économiques, etc., de telles dispositions, ce que l'on ne saurait guère leur reprocher» (ibid., p.170).

[108] L'auteur fait observer que «les instruments de *soft law* offrent de nombreux avantages, par exemple celui de promulguer des engagements clairs (et ambitieux), qui sont plus efficaces parce que plus faciles à traduire en mesures concrètes et se prêtant plus aisément à l'examen et à l'évaluation. La recherche montre également que l'influence de tels instruments sur les comportements peut être très positive et que "les avantages des instruments non contraignants sont souvent, pour plusieurs raisons, plus évidents lorsqu'ils sont appliqués conjointement avec des mesures juridiquement contraignantes". Les instruments de *soft law* peuvent donc être un moyen de renforcer l'efficacité d'autres mesures. En outre, ils peuvent promouvoir le respect des traités et prévenir les différends grâce à l'éclairage qu'ils projettent sur la teneur détaillée et précise des engagements consacrés par les traités» (ibid., p.174).

En définitive, la Commission a conclu que le projet de principes recommandé aurait l'avantage de ne pas nécessiter l'harmonisation, vraisemblablement irréalisable, des législations et des systèmes juridiques nationaux. Elle estime également que les dispositions de fond sont plus susceptibles d'être largement acceptées si elles sont formulées sous forme de projet de principes recommandé[109].

43. Le large consensus ainsi obtenu, s'ajoutant à la qualité de la teneur même des principes, contribuerait à leur mise en œuvre par les instances judiciaires et politiques aux échelons national et international, ce qui pourrait ouvrir la voie à une codification du droit international sur ce sujet par voie de traité.

44. Compte tenu de cette réalité, il serait approprié, selon le Rapporteur spécial, de confirmer que le produit final de l'examen de la répartition des pertes sera présenté sous la forme de projet de principes. Cependant, la Commission voudra peut-être examiner sérieusement la possibilité de coucher dans des termes plus prescriptifs les dispositions relatives à l'obligation fondamentale de verser une indemnisation et au droit de recours.

[109] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 71, par. 14 du commentaire général.

## Chapitre IV

## Relation entre le projet de principes et le projet d'articles sur la prévention

45. La question se pose maintenant de la relation entre le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, sur lequel l'Assemblée générale doit encore se prononcer, et le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses. Il serait possible, selon nous, pour l'Assemblée générale, d'adopter le projet d'articles sur la prévention. En 2001 déjà, la Commission avait recommandé à l'Assemblée générale d'élaborer une convention faisant fond sur le projet d'articles sur la prévention. Selon qu'il sera jugé approprié, cet examen pourrait être confié à un groupe de travail de la Sixième Commission, qui pourrait envisager d'inclure certains éléments de responsabilité dans le projet d'articles sur la prévention, en consacrant dans un projet d'article l'obligation des États d'offrir des recours judiciaires effectifs et une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières. Il pourrait être précisé dans ce projet d'article que cette obligation de base doit être respectée en tenant compte du projet de principes sur la répartition des pertes, auquel la Commission voudra peut-être donner sa forme définitive en seconde et dernière lecture. Ce projet de principes pourrait être annexé séparément à la résolution d'accompagnement.

46. Il serait également possible de traiter les aspects de prévention et de responsabilité de façon tout à fait séparée, bien qu'ils soient interdépendants. L'Assemblée générale adopterait alors deux résolutions distinctes dans lesquelles elle approuverait et adopterait le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, d'une part, et le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, d'autre part. La Commission pourrait suggérer ces possibilités à l'Assemblée, à qui il appartient en définitive de prendre une décision après avoir dûment examiné la question.

**DOCUMENT A/CN.4/562 et Add.1**

# Commentaires et observations reçus des gouvernements

*[Original: anglais, arabe, espagnol, français, russe]*
*[27 janvier et 12 avril 2006]*

## TABLE DES MATIÈRES


| | | Pages |
|---|---|---|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent document | | 92 |
| | *Paragraphes* | |
| INTRODUCTION | 1-2 | 92 |
| COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS REÇUS DES GOUVERNEMENTS | | 93 |
| A. Commentaires généraux | | 93 |
| République tchèque | | 93 |
| Liban | | 93 |
| Mexique | | 93 |
| Pays-Bas | | 93 |
| Pakistan | | 94 |
| République arabe syrienne | | 94 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | | 94 |
| États-Unis d'Amérique | | 95 |
| Ouzbékistan | | 95 |
| B. Préambule | | 95 |
| Pays-Bas | | 95 |
| C. Principe 1. Champ d'application | | 96 |
| Pays-Bas | | 96 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | | 96 |
| D. Principe 2. Termes employés | | 96 |
| République tchèque | | 96 |
| Mexique | | 97 |
| Pays-Bas | | 97 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | | 97 |
| Ouzbékistan | | 98 |
| E. Principe 3. Objectif | | 98 |
| Principe 4. Indemnisation prompte et adéquate | | 98 |
| République tchèque | | 98 |
| Mexique | | 99 |
| Pays-Bas | | 99 |
| Pakistan | | 100 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | | 100 |
| Ouzbékistan | | 101 |
| F. Principe 5. Mesures d'intervention | | 101 |
| Pays-Bas | | 101 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | | 101 |
| G. Principe 6. Recours internes et internationaux | | 101 |
| République tchèque | | 101 |
| Pays-Bas | | 102 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | | 102 |
| H. Principe 7. Élaboration de régimes internationaux spéciaux | | 102 |
| Pays-Bas | | 102 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | | 102 |
| États-Unis d'Amérique | | 103 |

I. Principe 8. Application ..... 103
Mexique ..... 103
Pays-Bas ..... 103
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ..... 103
Ouzbékistan ..... 103
J. Forme définitive ..... 103
Mexique ..... 103
Pays-Bas ..... 104
États-Unis d'Amérique ..... 104

## Instruments multilatéraux cités dans le présent document

| | *Sources* |
|---|---|
| Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (Vienne, 21 mai 1963) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1063, n° 16197, p. 275. |
| Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972) | Ibid., vol. 961, n° 13810, p. 187. |
| Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) | Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3. |
| Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989) | Ibid., vol. 1673, n° 28911, p. 57. |
| Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (Bâle, 10 décembre 1999) | UNEP/CHW.5/29, annexe III. |
| Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1936, n° 33207, p. 269. |
| Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels (Kiev, 21 mai 2003) | ECE/MP.WAT/11-ECE/CP.TEIA/9. |
| Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (Lugano, 21 juin 1993) | Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 150. |
| Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997) | *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 49*, vol. III, résolution 51/229, annexe. |
| Annexe VI au Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement: Responsabilité découlant de situations critiques pour l'environnement (Stockholm, 17 juin 2005) | Réunion consultative du Traité sur l'Antarctique, *Rapport final de la vingt-huitième réunion consultative du Traité sur l'Antarctique*, chap. II A, p. 67. |

# Introduction

1. À sa cinquante-sixième session, en 2004, la Commission du droit international a adopté, en première lecture, le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses[1]. Aux paragraphes 29 et 30 de son rapport, la Commission avait déclaré qu'elle accueillerait avec intérêt des commentaires et observations des gouvernements sur tous les aspects du projet, en particulier sa forme définitive, et sur les commentaires relatifs aux projets de principe. Au paragraphe 173 du même rapport, elle a décidé, en application des articles 16 et 21 de son statut, de transmettre le projet, 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 1er janvier 2006 au plus tard. Le Secrétaire général a envoyé une note circulaire à cet effet le 24 octobre 2004. Au paragraphe 3 de sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004 et au paragraphe 3 de sa résolution 60/22 du 23 novembre 2005, l'Assemblée générale a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importait qu'ils communiquent à la Commission leurs vues sur les projets de principe.

2. Au 12 avril 2006, les États suivants avaient répondu: États-Unis d'Amérique, Liban, Mexique, Ouzbékistan, Pakistan, Pays-Bas, République arabe syrienne, République tchèque et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Leurs réponses ont été regroupées par thème, en commençant par les commentaires généraux et en continuant principe par principe, selon l'ordre alphabétique anglais.

[1] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 68 et suiv., par. 175.

## Commentaires et observations reçus des gouvernements

### *A. Commentaires généraux*

#### République tchèque

Le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses est un moyen prometteur de faire progresser le droit international. Cela étant, la version actuelle présente certains inconvénients. Bien entendu, d'autres problèmes pourront encore être découverts au fur et à mesure de l'élaboration de la version définitive du texte de cet instrument. La République tchèque souhaite que soient examinés plus avant trois aspects des principes 2, 3, 4 et 6, à savoir: *a*) la définition large du terme «dommage», incluant le dommage infligé à l'environnement, pour le principe 2; *b*) la solution proposée pour «assurer une indemnisation prompte et adéquate», pour les principes 3 et 4; et *c*) la solution proposée au titre des «recours internes et internationaux», pour le principe 6.

#### Liban[2]

La Commission, réunie à l'Office des Nations Unies à Genève à sa cinquante-sixième session en 2004, était composée de 34 spécialistes du droit international représentant tous les continents de la planète. Le Liban a conclu que le texte du projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses ne contenait aucune disposition qui soit contraire aux lois et réglementations sur lesquelles repose le pays.

#### Mexique

1. Le Mexique attache une grande importance à la question. Le travail accompli par la Commission contribuera à la consolidation des normes existantes au sujet des dommages internationaux infligés à l'environnement, normes que les États se sont engagés à respecter dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[3].

2. En ce qui concerne le fond du projet en question, le Mexique souhaite formuler les remarques suivantes:

*a*) Dans l'ensemble, le Mexique approuve les dispositions de fond du projet. S'agissant du champ d'application du projet, il est d'accord qu'un régime général et complémentaire devrait être établi.

*b*) Le Mexique pense comme la Commission que le type de responsabilité engagée en cas de dommage causé à l'environnement, conformément au projet de principes, devrait être strict plutôt qu'absolu.

*c*) Le Mexique est fermement convaincu que l'élément central des travaux consacrés à cette question par la Commission est le principe selon lequel une victime innocente ne doit pas avoir à subir une perte à cause d'un dommage transfrontière. Il se félicite de l'orientation donnée par la Commission à ses travaux qui sont axés sur un régime qui assure l'indemnisation prompte et adéquate des victimes innocentes. Comme la Commission l'a fait remarquer, une telle démarche est conforme aux principes 13 et 16 de la Déclaration de Rio.

#### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas font observer que l'introduction du projet de principes par la Commission met en avant une nouvelle idée importante pour le droit international, à savoir l'existence d'une obligation des États de réglementer les réparations en cas de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses qui ne sont pas elles-mêmes illicites, comme les activités industrielles à grande échelle qui présentent un danger direct (émissions toxiques, etc.) et les activités susceptibles de créer une pollution aérienne qui peut provoquer des dommages à long terme au-delà des frontières des États. Par ailleurs, les principes disposent qu'un État peut être tenu de verser une indemnisation à un autre État mais reconnaissent aussi explicitement le droit des victimes individuelles de demander une indemnisation, même s'il n'existe pas de voies de recours spécifiques à l'intention des particuliers.

2. Les principes reprennent et prolongent les règles classiques de la responsabilité des États selon lesquelles la responsabilité doit toujours être fondée sur un fait illicite. Si une victime ne peut pas prouver que le dommage qu'elle a subi a été occasionné par un fait illicite, il ne peut être question d'indemnisation (*ubi jus, ibi remedium*: pour qu'il y ait droit au recours, il faut qu'il y ait violation d'un droit). Les principes n'appliquent pas cette doctrine de façon absolue, cependant. Les activités dangereuses ne sont pas illicites et ne sont pas nécessairement interdites par la loi. En échange de ce droit de mener des activités dangereuses souvent importantes d'un point de vue économique, les principes imposent aux États l'obligation – individuelle et collective – d'assurer une indemnisation «prompte et adéquate» pour le dommage causé.

3. Les Pays-Bas concluent que les principes apportent une contribution notable au développement du droit international car ils comprennent des éléments progressistes tels que la reconnaissance de l'existence d'activités dangereuses qui ne sont pas illicites mais engagent la responsabilité des États qui les mènent ou les autorisent. Étant donné la multiplication constante de ces activités – et leur intérêt économique –, l'importance que revêt pour la société l'acceptation grandissante de ce principe est évidente. Ainsi, les États peuvent être rendus plus conscients de leurs responsabilités en ce qui concerne les activités dangereuses – adoption de législation, suivi du respect de la réglementation, imposition de sanctions en cas de non-respect, etc. – et les victimes peuvent être mieux indemnisées, tandis que le développement économique favorisé par l'activité en question demeure possible.

---

[2] La première partie de la communication présentée par le Groupe législatif et consultatif du Ministère de la justice du Liban, qui était largement inspirée du texte des huit principes proposés, a été omise et peut être consultée auprès de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques.

[3] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

4. Autre facteur positif: la Commission estime que les victimes de dommages transfrontières devraient être indemnisées dans toute la mesure possible et que les États ont une obligation en la matière qu'ils doivent reconnaître.

5. Étant donné la position adoptée par les États, les Pays-Bas sont agréablement surpris qu'il ait été possible de parvenir à un accord à ce sujet au sein de la Commission, encore qu'ils soient d'avis que des voies de recours devraient être ouvertes aux particuliers victimes d'un dommage. Ils notent également que le commentaire figurant dans le rapport de la Commission[4] se contente de paraphraser les principes.

### Pakistan

1. Le projet de principes est très général et potentiellement de très vaste portée, comme le donne à penser la notion de seuil «significatif» évoquée aux principes 1 et 2. Par ailleurs, le principe 2 donne une définition très large du «dommage» et de l'«environnement». Il est donc indispensable de réexaminer le texte du projet de principes dans le but de définir avec davantage de précision et de clarté les différents aspects de la question.

2. Le projet de principes porte essentiellement sur les activités dangereuses, mais à aucun moment la nature de ces activités n'est précisée ou des exemples ne sont donnés dans le commentaire, sauf dans le cas des retombées nucléaires. Il faut donc dresser la liste des activités qui relèvent du champ d'application du projet. Par ailleurs, les dommages transfrontières causés à un État neutre en cas de guerre entre deux États ou plus ne sont pas évoqués dans le projet. Par conséquent, il est proposé d'élargir la notion de responsabilité de façon à faire relever du projet celle engagée par les États auteurs de telles activités.

3. Toute activité dangereuse causée par un acte de terrorisme pourrait tomber sous le coup du projet. Les dommages transfrontières causés par toute activité innocente, telle que le stockage d'eau dans le cas de barrages, pourraient aussi être couverts par le projet de principes.

4. Les dommages ou pertes occasionnés par des activités dangereuses pourraient être compensés par l'«exploitant» et non pas par l'État sur le territoire duquel celui-ci opère. C'est pourquoi la variante B proposée par le Rapporteur spécial au sujet du principe 4 (Indemnisation prompte et adéquate) est approuvée[5].

5. Les règles du droit international applicables aux différends entre exploitants et États doivent être fixées et incluses dans le projet de principes. En cas de différend de ce type, une instance internationale de recours devrait être créée pour assurer une indemnisation effective aux victimes.

6. Il faudrait instaurer des contrôles pour mesurer et étudier la pollution créée par différents pays. Les données recueillies devraient être conformes aux normes de qualité internationales.

7. Une institution tierce pourrait intervenir à des fins d'arbitrage car le projet de principes ne prévoit pas le cas de figure où un exploitant ou une entité ne peut pas ou ne veut pas verser une indemnisation aux victimes.

8. Des garanties pourraient être fournies aux États riverains situés en aval pour les protéger lorsque des activités dangereuses transfrontières peuvent avoir des effets sur toute la longueur du cours d'eau qu'ils partagent avec d'autres États. Le risque de dommage transfrontière significatif découlant des conséquences physiques de ces activités ne doit pas être ignoré.

9. De même, l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre et autres gaz dangereux attribuable à l'expansion industrielle d'États voisins ou la pollution marine le long des côtes liée à la navigation maritime exige un cadre juridique national et international plus solide et plus efficace pour assurer une indemnisation en cas de dommages découlant de telles activités qui ne sont pas interdites par les lois internationales en vigueur.

### République arabe syrienne

1. Vu la nécessité de mettre en place des dispositifs législatifs, administratifs et réglementaires pour appliquer le projet, le sens des principes 4 à 8 devrait être précisé et leur texte reformulé.

2. Les recherches concernant les traités montrent qu'il faut prendre des mesures pour appliquer les principes. Il est aussi reconnu que les parlements nationaux sont les instances habilitées à prendre ces mesures.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

1. Le Royaume-Uni félicite la Commission et son Rapporteur spécial des travaux qu'ils ont réalisés sur le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses.

2. Le Royaume-Uni note que la Commission est provisoirement parvenue à la conclusion que le projet de principes devait être adopté sous une forme non contraignante. Il appuie fermement ce point de vue. Comme la Commission l'a fait observer, le caractère général et supplétif du projet de principes donne à penser que celui-ci ne se prête ni à la codification ni au développement progressif sous la forme d'un instrument juridiquement contraignant. Le Royaume-Uni estime également que sur un certain nombre de points, qui sont développés ci-après, le projet de principes ne reflète pas l'état actuel du droit et est formulé en des termes trop généraux pour constituer la direction dans laquelle doit s'orienter la *lex ferenda*.

3. Le Royaume-Uni note que le projet de principes, bien que s'adressant aux États au niveau international, cherche avant tout à offrir à ceux-ci des recours civils à incorporer dans leur propre système juridique national en faveur des victimes de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses. L'idée-force qui ressort du commentaire – et que le Royaume-Uni appuie – semble être que comme

---

[4] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 70 et suiv., par. 176.

[5] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 66 à 68, note de bas de page 351.

le projet de principes n'est pas juridiquement contraignant et concerne le développement de la responsabilité civile au niveau national, les États n'engageraient pas leur responsabilité en y contrevenant.

4. Néanmoins, le commentaire suggère que lorsqu'un État manque à ses obligations en matière de prévention des dommages, une mise en jeu de ses responsabilités sur le fondement du droit international de la responsabilité de l'État pourrait venir «s'ajouter» aux actions en indemnisation envisagées par le projet de principes. Le Royaume-Uni prie donc la Commission d'examiner un peu plus avant la relation qui pourrait exister entre des demandes de mise en jeu de la responsabilité de l'État pour manquement à ses obligations de prévention et les actions civiles envisagées par le projet de principes. Par exemple, il pourrait être utile de se demander comment coordonner des demandes concurrentes afin d'empêcher une double réparation.

### États-Unis d'Amérique

1. Rappelant que le projet de principes est distinct et sans préjudice des travaux de la Commission sur la question de la responsabilité des États en ce qu'il porte sur la «responsabilité» à proprement parler dans les cas où des dommages résultent d'un acte ou d'une omission qui n'implique *aucune violation d'une obligation imposée par le droit international*, les États-Unis souhaitent qu'il soit clair que, de leur point de vue, le projet de principes constitue de toute évidence une innovation et un objectif à atteindre et n'est pas une reprise du droit en vigueur ou de la pratique des États.

2. Cela étant, la Commission a créé un cadre dont les États pourraient s'inspirer pour faire face aux situations évoquées par la Commission dans son rapport sur les travaux de sa cinquante-sixième session. Pour être plus précis, le rapport de la Commission dit que les principes visent «à contribuer au 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]».

3. S'agissant de l'orientation en ce qui concerne les activités dangereuses non couvertes par des accords internationaux, les États-Unis souhaitent prendre note de plusieurs aspects du projet de principes qui méritent une attention particulière des États dans certains contextes: *a*) les principes fixent avec beaucoup de soin leur champ d'application, c'est-à-dire que leur portée se limite aux activités comportant un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques et aux dommages causés sur le territoire ou dans d'autres lieux placés sous l'autorité ou le contrôle des États; *b*) les principes ne supposent pas que seul l'«exploitant» devrait être tenu pour responsable dans ce contexte particulier; et *c*) les principes reconnaissent que la responsabilité peut être soumise à certaines conditions, limites ou exceptions particulières.

4. Pour ce qui est d'indiquer les questions dont devraient traiter les accords internationaux portant sur les activités dangereuses, les États-Unis estiment que les travaux de la Commission sont utiles en ce qu'ils mettent en lumière beaucoup des questions importantes que doivent aborder les États participant à la mise en place d'un régime de responsabilité particulier concernant les activités dangereuses, par exemple: *a*) Quels types de dommages doivent donner lieu à une indemnisation? uniquement les dommages économiques directs causés aux victimes? les dommages à l'environnement? *b*) Y a-t-il un seuil particulier à partir duquel le dommage doit donner lieu à une indemnisation, par exemple le dommage significatif ou le dommage exceptionnel? *c*) Quels types de recours devraient être disponibles? *d*) Un plafond de responsabilité financière sera-t-il fixé? *e*) Comment le lien de cause à effet peut-il être mis en évidence? *f*) Qui est responsable en vertu du régime institué? les exploitants privés? les particuliers autres que les exploitants? les États? *g*) De quelle nature est la responsabilité, sans faute, objective ou autre? *h*) Quels sont les moyens de défense en cas de régime fondé ou non sur la notion de faute: conflits armés, cas de force majeure, respect de l'autorisation accordée? *i*) Devant quelle instance les recours au titre de la responsabilité doivent-ils être formés? *j*) Le régime de responsabilité est-il exclusif, implicite ou complémentaire? et *k*) Le régime s'appliquera-t-il de façon rétroactive ou non? Dans ce dernier cas, prendra-t-il effet à compter de la date de l'acte ou de l'omission ou du moment où le dommage est connu?

### Ouzbékistan

1. Il fallait depuis longtemps élaborer et adopter, sous l'égide des Nations Unies, une convention internationale unique sur la responsabilité internationale des États pour des dommages découlant d'activités dangereuses.

2. Le projet de principes a fait l'objet d'un examen approfondi de la part de la communauté internationale. L'Ouzbékistan estime qu'il aborde de façon assez équitable la question des dommages transfrontières, règle le problème de l'indemnisation et prévoit des voies de recours locales pour les victimes. Cela dit, il serait logique d'ajouter au principe 4 sur l'indemnisation prompte et adéquate la variante B proposée par le Rapporteur spécial[7], car elle attribue une large part de responsabilité à l'exploitant menant l'activité dangereuse plutôt qu'à l'État. D'autres règles peuvent être plus facilement fixées dans des accords bilatéraux ou régionaux.

3. Il convient de préciser dans le projet de principes l'organe qui sera chargé d'évaluer le dommage transfrontière et la devise qui sera utilisée à cette fin, compte tenu de ce que chaque État a sa propre monnaie.

## *B. Préambule*

### Pays-Bas

1. De l'avis des Pays-Bas, l'essence du projet de principes se trouve dans le cinquième alinéa du préambule selon lequel «une indemnisation prompte et adéquate»

[6] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 70, par. 176, commentaire général, par. 6.

[7] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 66 à 68, note de bas de page 351.

doit être assurée, autant que possible, aux victimes d'un dommage ou d'une perte transfrontière par suite d'un événement donné. En ce qui concerne les procédures judiciaires, les Pays-Bas estiment que doit être envisagée la possibilité que les États soient tenus pour responsables comme exploitants (voir Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires).

2. Au cinquième alinéa figure l'expression conditionnelle «autant que possible», restriction qui n'apparaît nulle part ailleurs dans le texte des principes. Les Pays-Bas sont favorables à la suppression de cette expression.

### *C. Principe 1. Champ d'application*

#### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas prennent note que l'emploi de l'adjectif «significatif» qui qualifie le «dommage transfrontière» fixe un seuil au-delà duquel les principes s'appliquent (voir également principe 2). Ils savent que ce terme apparaît dans le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[8]. Les obligations imposées par les principes ne doivent toutefois pas être confondues avec celles découlant des articles qui eux s'appliquent aux seuls États alors que les principes visent aussi à offrir un recours aux particuliers.

2. À cet égard, les Pays-Bas se réfèrent à la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires. En ce qui concerne la répartition des pertes, la Convention n'exige pas que le dommage subi soit significatif car elle applique le principe de la responsabilité objective. Aucun autre régime de responsabilité ne fixe de seuil de ce type. Certes, la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement parle de pollution d'un «niveau acceptable[9]» tandis que l'annexe VI au Protocole au Traité sur l'Antarctique, relatif à la protection de l'environnement, limite la responsabilité découlant de situations critiques pour l'environnement mais ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne sont caractéristiques des régimes courants de responsabilité civile.

3. Les Pays-Bas sont d'avis que le principe de non-discrimination interdit de traiter différemment les victimes étrangères et nationales des dommages causés par la même activité: le but des principes est de faire en sorte que les victimes étrangères n'aient pas à prouver qu'elles ont subi des dommages significatifs et ne soient pas indemnisées uniquement pour les dommages qu'elles ont pu prouver, alors que les victimes se trouvant sur le territoire de l'État ne seraient pas soumises à la même charge de preuve et seraient indemnisées pour l'intégralité des dommages qu'elles auraient subis.

4. Les Pays-Bas font également observer que toute évaluation visant à déterminer si le dommage est «significatif» est soumise à un facteur de temps et par conséquent restrictive par rapport au droit à indemnisation. Le dommage subi par le passé peut très bien avoir été jugé acceptable selon les normes en vigueur à l'époque ou même ne pas avoir été perçu. Mais les progrès accomplis dans la connaissance de l'impact de certaines activités sur l'environnement par exemple peuvent révéler plus tard que le dommage subi était bien significatif. Or, une indemnisation ne peut être accordée que si, en l'état actuel des connaissances scientifiques, on peut prédire qu'un dommage significatif peut découler de l'activité dangereuse en question. Pour ce qui est du seuil «significatif», il convient en outre de noter que les activités sont généralement dangereuses à chaque fois qu'elles sont réalisées. Or, un dommage caché peut aussi être causé lorsqu'une activité est répétée, créant un dommage à chaque fois acceptable mais qui, à la longue, devient significatif. Il est encore plus difficile d'obtenir une indemnisation pour un dommage qui n'est perçu que beaucoup plus tard en raison des périodes de prescription plus courtes souvent appliquées à la responsabilité objective par rapport à la responsabilité générale.

5. Les Pays-Bas concluent que, compte tenu de la restriction implicite que contient le terme «significatif», il est d'autant plus important que le principe de non-discrimination consacré au paragraphe 2 du principe 8 soit mis en avant par rapport aux autres principes.

#### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

1. Le projet de principe 1 définit en des termes très généraux le champ d'application du projet de principes. Les éléments clefs semblent être l'existence *a*) de dommages transfrontières, *b*) causés par des activités non interdites par le droit international, *c*) qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif. Le Royaume-Uni estime que le premier élément (dommages transfrontières) devrait être lié de façon plus précise au troisième élément, c'est-à-dire que les dommages qui se produisent effectivement devraient être de même nature que les risques visés dans le troisième élément: ils devraient être prévisibles.

2. Le Royaume-Uni note que le projet de principes est applicable en cas de dommages transfrontières lorsque ceux-ci sont «significatifs». Tout en reconnaissant que ce seuil a été adopté dans certains autres accords (notamment, par exemple, dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation), le Royaume-Uni note que la pratique permettant de le définir plus précisément est encore relativement peu abondante. Le Royaume-Uni craint que dans le contexte d'un régime d'application potentielle aussi large que celui énoncé dans le projet de principes existant, le seuil de dommages «significatifs» ne soit trop vague et ne débouche sur un seuil trop bas. Le Royaume-Uni prie la Commission d'examiner plus avant le point de savoir si un seuil plus clair et plus élevé, tel que de «sérieux» dommages, ne serait pas préférable.

### *D. Principe 2. Termes employés*

#### République tchèque

1. Le projet de principe 2 définit le terme «dommage» comme étant «un dommage significatif causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement». Il s'agit d'une définition très large car elle comprend:

[8] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 157 à 159, par. 97.

[9] Art. 8 *d*.

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[10].

2. Il convient d'admettre, comme la Commission l'a fait, que l'on s'est heurté à certaines hésitations quant à savoir s'il fallait accepter la responsabilité pour des dommages causés à l'environnement proprement dit en l'absence de dommage à des personnes ou à des biens. La Commission a fini par conclure que la situation était en évolution constante et par opter en apparence pour la solution du développement progressif du droit. Elle a noté que, dans le cas de dommages causés aux ressources naturelles ou à l'environnement, il existait un droit à indemnisation pour le coût de mesures raisonnables de prévention, de remise en état et de réhabilitation (bien entendu, se pose encore la question de savoir ce que l'on entend par «raisonnable»). Ce développement progressif du droit allant vers une définition plus large du dommage ouvrant droit à indemnisation ne devrait pas être rejeté a priori. Le risque d'abus ne pourrait se poser que lorsque certaines conditions de fond et de procédure sont imposées aux fins de l'indemnisation[11].

### Mexique

Le Mexique juge sage la décision de la Commission de tenir compte de la notion de dommage à l'environnement à proprement parler, ce qui montre bien l'importance que revêt à tout moment pour la communauté internationale la protection de l'environnement, et plus particulièrement l'attribution de la responsabilité du dommage causé et de ses conséquences. Certes, l'évaluation du coût du dommage à l'environnement présente des difficultés et c'est pourquoi la Commission devrait encourager les États, dans leurs commentaires relatifs au projet de principes, à se pencher de plus près sur cette question et notamment sur la notion de valeur de non-usage.

### Pays-Bas

1. Dans l'intérêt de la protection des victimes, les Pays-Bas approuvent la définition relativement large du «dommage» qui est retenue dans le principe 2, lequel s'entend non seulement du dommage causé à la personne ou à des biens, mais aussi d'autres pertes financières ou liées à l'environnement.

2. Les Pays-Bas observent qu'il n'est pas simple d'aborder les questions d'évaluation de façon objective et scientifique, notamment en qui concerne le dommage à l'environnement. On pourrait par exemple envisager de déterminer la valeur financière de l'extermination du dronte.

3. Les Pays-Bas notent que le patrimoine mondial (tel que la haute mer) n'est pas couvert par les principes dans la mesure où le terme «transfrontière» signifie «de l'autre côté de la frontière d'un État». Pour relever du champ d'application des principes, les dommages doivent être causés sur le territoire d'un État ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État, comme prévu dans le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[12]. Comme dans le cas du projet d'articles, les Pays-Bas estiment qu'il s'agit là d'une omission.

4. De l'avis des Pays-Bas, il aurait mieux valu reprendre, dans le texte du principe 2, les termes «État d'origine», «État susceptible d'être affecté» et «États concernés» qui figurent dans le commentaire de la Commission[13] dans un souci d'harmonisation, étant donné le lien entre les termes utilisés et le champ d'application des principes.

5. À propos de la définition de l'environnement figurant à l'alinéa *b*, qui comprend les ressources naturelles, il convient de noter que l'expression «ressources naturelles» a généralement des connotations économiques très fonctionnelles. Dans ce cas, toutefois, cette expression est employée à juste titre de façon beaucoup plus large. La définition renvoie non seulement aux facteurs individuels mais également aux liens réciproques existant entre eux.

6. À la suite de l'alinéa *e* qui définit l'exploitant, les Pays-Bas proposent d'ajouter un nouvel alinéa *f* libellé comme suit: «On entend par "personne" toute personne physique ou morale», et ce pour faire en sorte que les principes s'appliquent aux personnes aussi bien physiques que morales ou à une combinaison des deux. Cette proposition est particulièrement importante pour l'attribution de la responsabilité.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni note que le sous-alinéa iii de l'alinéa *a* du projet de principe 2 englobe la possibilité de l'inclusion dans le champ d'application du projet de principes d'une perte ou d'un dommage à l'environnement proprement dit. De l'avis du Royaume-Uni, la responsabilité pour manquement à l'obligation de protection de l'environnement proprement dit est un concept relativement récent et la pratique à ce sujet est limitée à des contextes peu nombreux et très spécifiques. Le Royaume-Uni estime que ce concept soulève des questions complexes qui ne sont pleinement traitées ni dans le projet de principes ni dans le commentaire. Par exemple, d'après le commentaire, ce sont alors principalement les autorités publiques, et peut-être certains groupes d'intérêt public, qui ont qualité pour agir. Cependant, de l'avis du Royaume-Uni, on est en droit de se demander si un régime de responsabilité civile est approprié pour des questions touchant l'intérêt général. En outre, sur la question de la quantification des pertes, le commentaire n'offre guère d'orientation. Le Royaume-Uni prie donc la Commission de traiter plus en détail dans le commentaire ces questions et d'autres questions pertinentes.

[10] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 69, par. 175.

[11] Voir également par. 176 (ibid.), p. 93 et 94, principe 6, commentaire.

[12] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 157 à 159, par. 97.

[13] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 80, principe 2, commentaire, par. 23.

### Ouzbékistan

1. Il convient de déterminer si les «termes employés» qui sont définis dans le principe 2 correspondent aux définitions figurant dans les instruments internationaux en vigueur: la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux, la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement ou Déclaration de Stockholm[14], et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[15].

2. Ainsi, la définition du terme «dommage» dans le projet de principes ne comprend pas la destruction ou la détérioration d'un bien appartenant à l'État ou à une personne morale. Cette omission doit être corrigée. La définition de l'expression «dommage transfrontière» demande également à être précisée.

3. Le mot «environnement» doit être défini de façon plus précise pour inclure à la fois l'environnement naturel et l'environnement humain.

4. L'Ouzbékistan juge bon de définir la notion de «dommage causé à un bien» évoquée au sous-alinéa ii de l'alinéa *a* du principe 2. L'ampleur du dommage qui doit être causé à un bien pour qu'il soit considéré comme «significatif» ne ressort pas clairement du texte du projet de principe.

5. L'étendue de la perte ou du dommage susceptible d'être considéré comme un «dommage à l'environnement», à savoir la gravité de la dégradation occasionnée aux ressources naturelles ou à l'environnement, devrait être précisée à l'alinéa *b* du projet de principe 2.

6. Le sous-alinéa iv de l'alinéa *a* du principe 2 gagnerait à être libellé comme suit: «Le coût des mesures effectives de remise en état du bien, des ressources naturelles ou de l'environnement.»

## *E. Principe 3. Objectif*

## *Principe 4. Indemnisation prompte et adéquate*

### République tchèque

1. En ce qui concerne les objectifs du document, la République tchèque est d'avis qu'au lieu de limiter la portée de la définition du dommage, il vaudrait mieux parvenir à un équilibre dans le développement progressif du droit en en précisant les contours, notamment les conditions d'indemnisation, les liens entre les demandes individuelles d'indemnisation et les restrictions les concernant, de façon que le montant total de l'indemnisation ne dépasse pas à terme le coût total du dommage infligé.

2. Les principes 3 et 4, qui sont à lire en parallèle ainsi qu'à la lumière du préambule, visent à assurer une «indemnisation prompte et adéquate» à toutes les victimes de dommages transfrontières, personnes physiques aussi bien que morales mais aussi États. Il est évident que, dans le cas de dommages causés à l'environnement à proprement parler (et non pas à une personne ou à un bien), les États seront les entités ayant qualité pour agir. En effet, ce sont eux qui, dans la pratique, assument le coût du nettoyage et de la remise en état. Toutefois, au lieu d'établir un régime de responsabilité internationale applicable aux États, le projet de principes crée un système général d'indemnisation de toutes les victimes, fondé probablement sur le principe de la responsabilité sans faute découlant du droit civil.

3. Le projet de principes n'exige pas directement de l'État qu'il indemnise la victime du dommage mais simplement qu'il s'engage à mettre en place, dans le cadre de sa législation interne, un système fonctionnel pour assurer une «indemnisation prompte et adéquate» à tous ceux qui y ont droit, à savoir les entités lésées, si le dommage a été causé par des activités menées sur le territoire de l'État ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle. L'entité responsable (qui peut être poursuivie) serait en règle générale l'exploitant qui mène l'activité dangereuse, mais elle pourrait aussi être la personne exerçant un contrôle au moment de l'accident générateur du dommage ou toute autre personne la mieux placée pour accorder une indemnisation. Cela étant, cette exception au principe de «concentration de la responsabilité» (qui prévaut normalement dans les traités spéciaux) signifie que la partie lésée serait en droit de demander une indemnisation à plus d'une entité, ce qui peut poser un problème si la relation entre ces entités n'est pas précisée de façon détaillée (coresponsabilité, garantie, complémentarité, etc.).

4. Le projet de principes dit clairement (en particulier dans son préambule) que les États portent la responsabilité des manquements à leurs obligations de prévention en vertu du droit international. L'accent mis sur la responsabilité principale de l'exploitant ne dégage pas l'État de sa propre responsabilité. En d'autres termes, la responsabilité de l'État n'est pas exonérée pour une activité illicite, c'est-à-dire pour un manquement à ses obligations primaires. La prévention étant l'une de ces obligations, l'État est donc responsable en cas de négligence. Mais l'État a également pour obligation primaire d'assurer une «indemnisation prompte et adéquate» au niveau national. À cet égard, l'État risque aussi d'être tenu responsable d'une activité internationalement illicite s'il ne fait pas respecter le droit à indemnisation de la partie lésée, et ce dans les conditions fixées. Cette responsabilité l'obligerait alors probablement, dans la majorité des cas, à assurer une indemnisation pour les dommages causés sous forme de dédommagement financier lorsque la restitution n'est pas possible.

5. Du point de vue du droit international, tout cela n'est qu'une conséquence logique de la solution retenue qui ne pose pas nécessairement un problème si, parallèlement, il existe des règles fixant le lien entre l'indemnisation accordée lorsque la responsabilité de l'État est engagée et celle versée par l'exploitant, par un tiers, voire dans certains cas par l'État lui-même (directement ou indirectement). Comme il n'y a pas de règle disant que la première exclut (ou réduit proportionnellement) la seconde, il n'est pas

[14] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.II.A.14), première partie, chap. I.

[15] Voir *supra* la note 3.

possible d'éviter les réclamations multiples et le versement parallèle d'indemnisations pour le même dommage (au sens de dommage matériel). Il pourrait en résulter des déboursements importants qui pourraient à terme obérer directement ou indirectement le budget de l'État.

### Mexique

1. Le Mexique note avec plaisir que le régime de responsabilité pour les activités relevant du champ d'application du projet fait avant tout intervenir la responsabilité de l'exploitant et que cette responsabilité est engagée sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'il y a eu faute. Il estime qu'il est bon d'appliquer le régime de la responsabilité objective à l'exploitant, conformément aux instruments internationaux relatifs à la responsabilité civile et à la nature des activités dangereuses.

2. Le Mexique estime qu'avoir à prouver l'existence d'un lien de cause à effet entre l'activité et le dommage imposerait une charge excessive aux victimes innocentes du dommage. À cet égard, il considère que les principes émergents du droit international, tels celui du pollueur-payeur et celui de précaution, devraient être appliqués aux questions de procédure de façon que la charge de la preuve de l'existence d'un tel lien n'incombe pas à la victime innocente. On pourrait opter pour la présomption de causalité et demander que le défendeur prouve qu'il n'existe aucun lien de cause à effet entre l'activité et le dommage. Le Mexique recommande que la Commission mentionne cette possibilité au paragraphe 24 ou au paragraphe 25 du commentaire du projet de principe 4[16].

### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas approuvent l'objectif des principes tel qu'il est défini au principe 3, à savoir assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières, qui est au cœur du projet de principes.

2. Les Pays-Bas estiment que le principe 1 est à lire parallèlement au principe 3 qui évoquent tous deux les incidents transfrontières pour lesquels une indemnisation prompte et adéquate doit être assurée. À leur avis, le mot «adéquate» signifie pour le moins que l'indemnisation accordée aux victimes d'autres pays devrait être égale à celle obtenue par les victimes de l'État sur le territoire duquel l'activité a son origine. Le principe de non-discrimination constitue une norme minimale qui n'est pas toujours suffisante. Tous les systèmes juridiques ne sont pas aussi évolués. La raison d'être des principes étant d'indemniser au mieux les victimes, une indemnisation prompte et adéquate doit parfois aller au-delà de la simple application du principe de non-discrimination et doit aussi satisfaire à des normes minimales objectives et absolues. En d'autres termes, l'expression «une indemnisation prompte et adéquate» devrait signifier «une indemnisation équivalente au moins à celle accordée aux nationaux et dans tous les cas la plus favorable à la victime», comme il ressort clairement du paragraphe 2 du principe 8.

3. Les Pays-Bas sont d'avis que l'application du principe 4 dépend du caractère non discriminatoire des mesures nationales prises pour donner effet à ce principe et que les États devraient prendre au niveau national les «mesures nécessaires» mentionnées au paragraphe 1 du principe 4. Ils regrettent l'imprécision de la version anglaise où ne figurent ni l'article défini ni même un autre mot comme «toutes» avant «les mesures nécessaires» et sont favorables à une formulation de ce dernier type.

4. Les Pays-Bas pensent que la responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute, comme le dit le paragraphe 2 du principe 4, car c'est le régime de la responsabilité objective qui s'applique dans ce cas. Ils souhaitent toutefois faire une mise en garde, à savoir que les restrictions imposées à ce type de responsabilité – plafond d'indemnisation et imposition d'une date limite pour la présentation des demandes – devraient également s'appliquer en l'espèce. Les restrictions internationalement acceptées qu'imposent les régimes internationaux en place, telles que celles concernant les dommages causés par des actes de guerre, doivent également valoir dans ce cas. Les Pays-Bas estiment toutefois que ces restrictions ne peuvent et ne doivent pas remettre en cause l'objectif principal des principes qui est d'assurer une indemnisation prompte et adéquate.

5. S'agissant de l'attribution optimale de la responsabilité du dommage à réparer, les Pays-Bas estiment que l'exploitant n'est pas toujours le mieux placé pour assumer cette responsabilité. Parfois, il vaudrait mieux opter pour la partie ou les parties les mieux à même d'accepter ce risque et d'assurer effectivement une indemnisation, comme le fait le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux[17]. Du point de vue des victimes, il vaut mieux qu'une seule entité soit tenue pour responsable. Du point de vue de l'environnement, le choix est encore plus simple: la responsabilité doit être imputée à l'entité qui exerce la plus grande influence sur le risque encouru. Comme les principes sont destinés à être appliqués par les États de façon à créer un cadre global, les Pays-Bas en concluent que des accords et/ou des traités spéciaux demeurent nécessaires pour réglementer l'attribution de la responsabilité de façon satisfaisante.

6. Les Pays-Bas sont favorables aux restrictions de vaste portée imposées sur les limitations et exceptions à la responsabilité visées au paragraphe 2 du principe 4. Ils font toutefois remarquer que les exonérations mentionnées dans le commentaire de la Commission ne s'appliquent pas ou plus dans les conventions sur la responsabilité nucléaire[18].

7. Là où les paragraphes 2 et 3 du principe 4 se réfèrent à «l'exploitant ou, le cas échéant, […] une autre personne ou entité», les Pays-Bas proposent de remplacer cette

[16] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 89.

[17] Voir également *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 87, principe 4, commentaire, par. 12.

[18] Voir ibid., p. 90, par. 27: «L'exploitant n'est pas responsable si, bien qu'ayant pris toutes les mesures voulues, il survient des dommages résultant: *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 la puissance publique de l'État du préjudice; ou *d*) entièrement de la conduite illicite intentionnelle d'autrui.» Voir également ibid., par. 28 et 29.

formulation par «l'exploitant ou toute autre personne» car ces termes sont clairement définis à l'alinéa *e* relatif à l'exploitant et au projet d'alinéa *f* du principe 2 selon lequel «on entend par "personne" toute personne physique ou morale». Les propriétaires ou fournisseurs pourraient ainsi être tenus pour responsables au même titre que les exploitants, comme l'entendait le paragraphe 2 du principe 4.

8. Les Pays-Bas approuvent le paragraphe 5 du principe 4. L'obligation pour l'État de prendre les dispositions nécessaires lorsque les mesures prises sont insuffisantes pour assurer une indemnisation adéquate constitue un progrès très important du point de vue de la protection des victimes. Cela dit, il n'est pas nécessaire que toutes les ressources supplémentaires proviennent de source publique: un fonds alimenté par les exploitants pourrait être créé.

9. Les Pays-Bas proposent de remplacer les mots «des ressources financières supplémentaires soient allouées» par «des ressources financières supplémentaires existent». Après tout, ces ressources ne doivent pas nécessairement toutes provenir du budget de l'État et la formulation anglaise *are available* s'inspire de celle retenue au paragraphe 1 du principe 4.

### Pakistan

1. Le paragraphe 2 du principe 4 dispose que la responsabilité de l'exploitant ou de l'entité ne doit pas dépendre de la preuve d'une faute et qu'elle doit être le résultat d'une enquête indépendante approfondie.

2. Pour s'assurer que des fonds supplémentaires sont disponibles en cas d'indemnisation insuffisante, le mécanisme de financement proposé pourrait être relié à des mécanismes existants comme ceux créés dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ou d'autres conventions du même type.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

1. Le Royaume-Uni reconnaît que l'objectif énoncé dans le projet de principe 3, à savoir assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières, reflète largement le principe 13 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[19].

2. Toutefois, le Royaume-Uni estime qu'il ne convient pas d'inclure les États dans la catégorie des victimes de dommages transfrontières. Une telle inclusion ferait, à son avis, sortir le projet de principes du cadre d'un régime de responsabilité civile dont la mise en œuvre doit être assumée par le droit national. Le Royaume-Uni est opposé à toute tentative de transposer les règles de responsabilité civile exposées dans le projet de principes existant, qui concernent des actions civiles intentées devant des tribunaux nationaux contre des parties privées, essentiellement par des parties privées, de sorte qu'elles puissent s'appliquer à des actions intentées par des États sur le fondement du droit international public.

3. Bien que le Royaume-Uni estime qu'il importe d'énoncer les principes selon lesquels une indemnisation est due, il a certaines réserves au sujet de la formulation actuelle du projet de principe 4. En premier lieu, le Royaume-Uni estime que le principe du pollueur-payeur devrait être le principe de base à cet égard, et il est étonné qu'il n'y soit pas fait référence de façon plus explicite dans le texte du projet de principe 4. En particulier, les paragraphes 2 et 3, en se référant à «l'exploitant ou, le cas échéant, […] une autre personne ou entité», ne sont pas aussi clairs qu'ils pourraient l'être à cet égard.

4. Le paragraphe 2 du projet de principe 4 semble exiger l'imposition d'une responsabilité objective, sans qu'il y ait besoin de prouver aucune faute. Le Royaume-Uni admet que dans un certain nombre de domaines particuliers, par exemple dans le cas de certaines activités extrêmement dangereuses, la responsabilité sans faute puisse avoir un rôle à jouer. Le Royaume-Uni a accepté un certain nombre d'accords internationaux spécifiques dans lesquels c'est le cas et, au niveau du droit national, des régimes additionnels imposant la responsabilité objective dans certaines matières sont en place là où il y a lieu. Le Royaume-Uni estime donc que le projet de principes devrait être plus souple sur ce point, c'est-à-dire qu'il devrait cautionner l'imposition de la responsabilité objective dans les cas où cela est approprié, au lieu de l'imposer de façon systématique.

5. En ce qui concerne le paragraphe 3 du projet de principe 4, concernant l'obligation mise à la charge des exploitants de souscrire une assurance ou d'offrir d'autres garanties financières, le Royaume-Uni estime qu'il est actuellement formulé en des termes trop rigides. La possibilité de souscrire une assurance pour se prémunir contre des risques de dommages à l'environnement ne devrait pas être surestimée, et les charges supplémentaires qu'imposeraient aux entreprises des régimes d'assurance ou de garantie financière obligatoires ne doivent pas être sous-estimées. Exiger de façon systématique la souscription d'une assurance ou l'offre de garanties financières risque de faire peser sur les entreprises une charge excessivement lourde, de sorte que le Royaume-Uni ne peut appuyer cette proposition.

6. Le Royaume-Uni a une position réservée à l'égard du paragraphe 5 du projet de principe 4, dans la mesure où celui-ci laisse entendre qu'une certaine responsabilité résiduelle pourrait peser sur l'État, qui devrait veiller à ce que des ressources financières suffisantes soient disponibles pour permettre l'indemnisation des victimes. Il ne ressort pas clairement du texte si l'État visé est celui de la victime ou celui dans lequel l'activité dangereuse est menée. Toutefois, et dans un cas comme dans l'autre, le Royaume-Uni ne pense pas que la mise à la charge de l'État d'une telle responsabilité résiduelle reflète l'état actuel du droit international. Il ne pense pas non plus que l'imposition d'une responsabilité résiduelle à l'État sur ce point soit appropriée, d'autant qu'elle risque une fois de plus d'entraîner une confusion des principes applicables aux actions en responsabilité civile et de ceux applicables aux réclamations entre États sur le fondement du droit international public.

7. Enfin, pour ce qui est des dispositions du projet de principe 4 concernant la réparation, le Royaume-Uni note qu'il n'est nullement fait référence à la possibilité d'exiger

[19] Voir *supra* la note 3.

de l'exploitant qu'il répare les dommages causés à l'environnement. À cet égard, il prend note des dispositions de 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 répartition des dommages environnementaux[20], dont l'une des dispositions prévoit que les autorités compétentes de l'État peuvent exiger d'un exploitant qu'il prenne effectivement des mesures de réparation. Si de telles dispositions sortent sans doute du cadre d'un régime classique de responsabilité civile, de l'avis du Royaume-Uni, dans certains cas, la seule indemnisation, sans possibilité d'exiger que des mesures soient prises par l'exploitant pour réparer le dommage, pourrait être insuffisante. Le Royaume-Uni prie donc la Commission de réfléchir plus avant à cette question.

**Ouzbékistan**

Le titre du principe 3 ne reflète pas son contenu. Il vaudrait mieux l'intituler «Objectifs des principes» et le faire figurer au début du projet de principes.

### *F. Principe 5. Mesures d'intervention*

**Pays-Bas**

Le principe 5 est le lien entre le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[21] et le projet de principes. Par ailleurs, d'un point de vue méthodologique, en fait, il ne s'intéresse pas ou ne s'intéresse qu'en partie aux questions que le projet de principes est censé réglementer[22], car l'objectif des principes est de répartir les coûts consécutifs au dommage déjà infligé. En revanche, le principe 5 cherche à éviter d'autres dommages et à financer les mesures à cette fin. Toutefois, en raison du lien pratique entre l'indemnisation des dommages déjà provoqués et la prévention d'autres dommages, il est bon que les principes 5 et 7 figurent dans le projet. On se rappellera que les exploitants doivent être véritablement en mesure de limiter les dommages s'ils doivent se voir confier des tâches d'une réelle utilité.

**Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord**

Le Royaume-Uni note que le projet de principe 5 semble être axé sur les mesures d'intervention à prendre par l'État. Ici encore, il ne ressort pas clairement si l'État visé est celui dans lequel se déroule l'activité dangereuse ou l'État de la victime. Il n'apparaît pas non plus clairement si la Commission propose de mettre à la charge de l'État l'obligation de prendre des mesures d'intervention et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'une obligation envers ses ressortissants au regard du droit national ou d'une obligation envers d'autres États au regard du droit international.

### *G. Principe 6. Recours internes et internationaux*

**République tchèque**

1. Les problèmes qui ne sont réglés qu'en partie par le droit positif (du fait de l'insuffisance des réglementations en matière d'indemnisation) peuvent quand même être résolus par le biais procédural en interdisant la présentation de demandes répétées ou parallèles d'indemnisation. La solution proposée au principe 6, les recours internes et internationaux, est encore plus vague que celle offerte par le droit positif applicable à la responsabilité. D'après le projet de principe, les États n'auraient qu'à prévoir des recours soit sous la forme de procédures internationales (à savoir, arbitrage, indemnisation générale), soit par le biais de leurs mécanismes administratifs et judiciaires internes. À l'évidence, les principes ne fournissent qu'un cadre général dont les dispositions détaillées restent à arrêter par voie de traités spéciaux. Cela dit, la difficulté vient de ce que les États devraient au moins donner accès à leurs procédures internes aux victimes étrangères sur la base du principe de non-discrimination. Toutefois, le projet de principe ne dicte pas le choix du for et laisse probablement toute latitude à ce sujet («recherche du for le plus favorable»). Par ailleurs, il se peut qu'il existe des mécanismes internationaux permettant de traiter rapidement les demandes d'indemnisation (ce qui est l'objectif du projet), ce qui implique qu'au lieu de faire intervenir la protection diplomatique traditionnelle, soumise à la règle de l'épuisement des recours diplomatiques, il devrait être possible de recourir à un arbitrage rapide.

2. Comme le droit positif, qui ne régit pas les relations entre demandes d'indemnisation parallèles, les règles de procédure ne précisent pas quels doivent être les liens entre des demandes présentées devant plus d'une institution nationale, voire internationale. Il ne fait aucun doute que le projet de principes a pour but principal de protéger la victime, à savoir d'assurer une indemnisation rapide et adéquate en cas de dommage. Toutefois, certains exemples pris d'autres branches du droit international, tels que les différends concernant la protection des investissements étrangers, montrent qu'une réglementation bien intentionnée peut se retourner contre l'État qui l'a adoptée. Lorsque plusieurs traités régissent les questions d'indemnisation et les procédures apparentées, des demandes multiples risquent aussi d'être présentées contre différentes entités, y compris l'État, ou contre une seule entité mais devant différentes instances.

3. Dans l'intérêt de la sécurité juridique à laquelle aspirent les défendeurs (mais aussi les demandeurs), il serait bon de respecter, y compris dans les instruments internationaux, les principes généraux de la litispendance et de la chose jugée. Les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme peuvent servir de modèles car ils interdisent l'introduction d'une requête devant plus d'une instance internationale de contrôle (comme par exemple la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme, etc.).

4. De l'avis de la République tchèque, la question des recours procéduraux (internationaux aussi bien qu'internes) et de leurs relations devrait être examinée plus en détail.

---

[20] *Journal officiel de l'Union européenne*, nº L 143 (30 avril 2004), p. 56.

[21] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 157 à 159, par. 97.

[22] Le même constat vaut pour le principe 7, par. 1: «Les États devraient coopérer à l'élaboration, dans un cadre universel, régional ou bilatéral, d'accords internationaux appropriés établissant des arrangements concernant les mesures de prévention et d'intervention à appliquer pour des catégories particulières d'activités dangereuses ainsi que les dispositions à prendre en matière d'indemnisation et de sécurité financière» [*Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 69, par. 175].

### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas font remarquer que le principe de non-discrimination a à juste titre été également incorporé au principe 6 au sujet des procédures juridiques. Il convient en outre d'insister sur l'importance des recours effectifs mentionnés au paragraphe 3 du principe 6.

2. Les Pays-Bas jugent loisible de se demander si, lorsqu'un État ne s'acquitte pas des obligations que lui imposent les articles relatifs à la prévention, se pose la question de l'existence d'une responsabilité aggravée ou tout du moins d'une responsabilité plus grande que si aucune obligation n'avait été violée. Ils concluent toutefois que les principes ont pour seul but d'assurer une indemnisation pour des dommages effectivement subis et non pas d'imposer des dommages-intérêts punitifs.

3. Les Pays-Bas conseillent à la Commission d'inclure le choix du for et la reconnaissance des jugements dans le principe 6. Alors que ces questions sont évoquées dans le commentaire, aucune conclusion n'y est tirée au sujet du contenu du principe 6.

4. S'agissant du choix exclusif du for retenu par la Commission, les Pays-Bas font observer que, du point de vue de la victime, il serait a priori intéressant de laisser libre le choix du for[23]. Cela dit, il se pourrait que le mauvais choix soit fait et que la victime voit son affaire renvoyée à un autre tribunal (*forum non conveniens*). La conclusion est donc que la procédure devrait avoir lieu dans le pays où le dommage a été causé. Les Pays-Bas appuient cette décision. L'expérience montre que les traités fondés sur la responsabilité exclusive (dommages d'origine pétrolière ou nucléaire) sont les seuls de cette catégorie à donner de bons résultats. On se souviendra également que, si des fonds sont mis à la disposition de plusieurs juridictions non coordonnées, il est évident que des problèmes peuvent en résulter. C'est pourquoi la protection des victimes, pour être efficace, ne doit pas nécessairement reposer sur plusieurs voies de recours. La Convention de Lugano et les Protocoles de Bâle et de Kiev[24] prévoient un choix du for. Le choix exclusif de l'État où le dommage a été causé est également l'option la plus simple du point de vue de l'exécution des jugements.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

En ce qui concerne le projet de principe 6, le Royaume-Uni nourrit certaines réserves à propos de la portée apparemment étendue de cette disposition qui suggère que les États devraient offrir des recours internes aux victimes de dommages transfrontières. À propos du paragraphe 1 du projet de principe 6, il n'apparaît pas clairement à quel État incomberait l'obligation proposée de prévoir des procédures appropriées pour garantir l'indemnisation des victimes: à l'État de la victime ou à l'État dans lequel se déroule l'activité dangereuse. En fait, le commentaire suggère que l'obligation proposée pèse sur «tous les États[25]». Le paragraphe 3 du projet de principe 6, en revanche, vise, d'après le commentaire, principalement l'État d'origine du dommage (c'est-à-dire l'État où l'activité dangereuse est exercée). De tels cas peuvent soulever des questions complexes de droit international privé, et l'on ne peut être certain que des procédures administratives et/ou judiciaires seraient nécessairement ouvertes aux victimes dans toutes les circonstances auxquelles s'applique potentiellement le projet de principe 6. Le Royaume-Uni estime que les dispositions du projet de principe 6 devraient être nuancées dans la mesure où elles sont compatibles avec les principes acceptés de droit international privé dans l'État du for.

## *H. Principe 7. Élaboration de régimes internationaux spéciaux*

### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas font observer que les dispositions relatives au règlement des différends qui figurent dans le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[26] ne peuvent pas être reprises dans le projet de principes car, dans le projet d'articles, les différends portent sur la question de savoir si les dommages auraient ou non pu être évités. En outre, les Pays-Bas font remarquer qu'il importe de coordonner la responsabilité lorsque les régimes de prévention et d'indemnisation posent problème ou font défaut.

2. Les Pays-Bas soulignent que les régimes doivent être efficaces et adaptés. Il ne s'agit pas simplement de conclure davantage de traités mais plutôt de mieux appliquer des traités plus adaptés.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni note que le projet de principe 7, qui encourage les États à élaborer des accords internationaux en matière de prévention et d'indemnisation reflète également le principe 13 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[27]. Néanmoins, comme le Rapporteur spécial l'a fait observer dans ses travaux antérieurs sur le sujet, l'expérience apprend que les régimes de responsabilité juridiquement contraignants au niveau international sont complexes et que leur négociation prend du temps; qui plus est, ils n'ont dans de nombreux cas guère été un succès. Le Royaume-Uni prie donc instamment la Commission de réécrire le principe 7 dans une optique plus souple, en reconnaissant qu'une large gamme d'instruments internationaux et/ou autres arrangements pourrait être élaborée en fonction des besoins. Cette gamme pourrait inclure des accords internationaux

[23] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 94, principe 6, commentaire, par. 8.

[24] Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement; Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux; et Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels.

[25] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 93, principe 6, commentaire, par. 1.

[26] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 157 à 159, par. 97.

[27] Voir *supra* la note 3.

formels, le cas échéant, mais aussi des arrangements non contraignants entre États ainsi que des arrangements contraignants ou non contraignants entre acteurs privés, par exemple des accords couvrant tout un secteur d'activités ou des codes de bonne pratique.

### États-Unis d'Amérique

Les États-Unis font observer que le projet de principe 7 encourage les États à coopérer à l'élaboration d'accords internationaux appropriés. Sans préjudice du droit souverain des États de conclure de tels accords et d'en arrêter le contenu, les États-Unis soulignent que le contexte dans lequel sont élaborés des régimes particuliers de responsabilité peut être très variable (les négociations peuvent ainsi porter sur des secteurs industriels très différents) et il convient d'admettre que les solutions retenues peuvent de ce fait être d'une grande diversité. C'est pourquoi ils sont d'avis que les règles internationales concernant la responsabilité devraient être fixées par le biais de négociations prudentes sur des sujets particuliers (par exemple la pollution par les hydrocarbures ou les déchets dangereux) ou des régions particulières (comme par exemple celles qui viennent d'aboutir à l'adoption de l'annexe VI au Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement: Responsabilité découlant de situations critiques pour l'environnement). Les États-Unis estiment que ce n'est que dans des contextes particuliers que les États peuvent examiner comme il se doit les questions qui, comme l'a indiqué à juste titre la Commission, doivent être réglées dans le cadre de tout régime de responsabilité.

## *I. Principe 8. Application*

### Mexique

La référence expresse de la Commission au fait que chaque État devrait adopter des mesures pour assurer l'intégration des principes dans son droit de façon à mieux assurer leur application et, partant, à renforcer la protection de l'environnement est un aspect important du projet de principe 8.

### Pays-Bas

1. Les Pays-Bas tiennent à insister sur l'importance du paragraphe 2 du principe 8 et à souligner ses liens avec l'article 15 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[28] bien qu'il soit évident que ce dernier porte sur les dommages déjà causés, tels que le déversement d'hydrocarbures par un navire en cas de naufrage où la seule préoccupation est de réduire au minimum les dommages liés à la pollution sur le littoral par exemple (voir également principe 5 et article 16 du projet d'articles[29]).

2. Là où le paragraphe 3 du principe 8 dit que «les États devraient coopérer pour appliquer les présents projets de principe conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international», le préambule retient une formulation plus péremptoire – «les États portent la responsabilité des manquements à leurs obligations de prévention en vertu du droit international» –, que les Pays-Bas jugent nettement préférable.

### Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Le Royaume-Uni estime que le projet de principe 8 sur l'application n'a pas sa place dans un instrument de cette nature, qui devrait être considéré comme offrant des orientations aux décideurs nationaux et non pas comme énonçant une série d'obligations nécessitant une mise en application.

### Ouzbékistan

1. Le titre du principe 8 «Application» devrait être remplacé par la formulation suivante, qui est de portée plus large, «Mesures à prendre par chaque État pour appliquer les dispositions des principes».

2. L'Ouzbékistan estime qu'il serait préférable d'évoquer au paragraphe 2 la liste des facteurs liés au principe de non-discrimination, compte tenu des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme[30] du 10 décembre 1948, comme la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

## *J. Forme définitive*

### Mexique

1. La formulation retenue devrait insister sur l'obligation légale qui s'attache aux activités régies par les principes; les dispositions de cet instrument devraient donc être formulées sous forme de règles (faisant l'objet d'articles) et non pas de simples principes. Il faut se souvenir que le but du projet n'est pas seulement de faire progresser le droit international, mais de codifier les règles applicables aux situations où des dommages sont causés par des activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

2. Par ailleurs, le Mexique rappelle que, dans le paragraphe 3 de sa résolution 56/82 du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale dit que, dans ses travaux sur le sujet, la Commission devrait tenir compte des liens entre la prévention et la responsabilité. Les dispositions relatives à la responsabilité devraient par conséquent être placées sur le même plan que celles portant sur la prévention.

3. Le Mexique a encore des réserves au sujet de l'emploi de l'expression «répartition des pertes» dans le titre du projet, car l'une des principales fonctions du régime de responsabilité est d'assurer une indemnisation pour des dommages et non pas de se contenter de répartir les «pertes». Par ailleurs, le terme employé semblerait créer un régime juridique d'indemnisation en cas de dommage qui serait différent des règles découlant du principe de droit du pollueur-payeur. Le Mexique concède que la question du titre est secondaire, à condition que le projet prenne la forme d'articles et non pas de principes.

[28] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 157 à 159, par. 97.

[29] Ibid.

[30] Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale.

4. Si la Commission décide que les dispositions devraient garder la forme de principes, le Mexique juge essentiel d'en reformuler quelques-unes (en particulier les principes 4 à 8) pour leur donner un caractère plus impératif et moins incitatif qu'à l'heure actuelle. Il faudrait donc remplacer le verbe au conditionnel par le présent de l'indicatif (voir par exemple les principes 4 à 8).

5. Le Mexique pense que, puisqu'elle considère la question comme très importante, la Commission devrait profiter de cette occasion pour établir un ensemble de règles claires, équitables et impératives dont le but final est de protéger l'environnement et d'appliquer le principe du pollueur-payeur. Fixer des règles impératives en matière de prévention des dommages sans en faire de même pour l'indemnisation en cas d'accident serait certainement une solution déséquilibrée et inéquitable qui ne contribuerait pas à la sécurité juridique à laquelle elle aspire.

### Pays-Bas

1. La Commission a déclaré qu'elle examinerait la question de la forme définitive que prendrait le document lors de l'examen en seconde lecture du projet de principes. Si elle entend parvenir à un accord-cadre, elle devra prévoir de nouvelles négociations sur les principes 4 à 8 et procéder à des ajouts, notamment en ce qui concerne le règlement des différends et l'alignement du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses sur d'autres instruments internationaux.

2. Les Pays-Bas espèrent qu'un maximum d'États prendra une part active à la poursuite des travaux sur les principes tant dans le cadre officiel du débat de la Sixième Commission sur cette partie du rapport de la CDI qu'au sein d'autres instances. Ils espèrent que le rapport de la CDI suscitera d'autres accords et arrangements bilatéraux, régionaux et multilatéraux sur les dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses.

### États-Unis d'Amérique

Étant donné que la Commission se réserve le droit de revenir sur la question de la forme définitive du document à l'occasion de son examen en seconde lecture, les États-Unis déclarent soutenir fermement la Commission lorsqu'elle déclare que les principes sont plus susceptibles d'être largement acceptés s'ils sont formulés sous forme de projets recommandés[31]. Ils auront d'autant plus de chances d'être acceptés qu'ils seront exempts de renvois inutiles à des notions controversées telles que celles de portée générale concernant la précaution, le principe du pollueur-payeur ou le patrimoine mondial.

---

[31] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 71, par. 176, commentaire général, par. 14.

# RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

[Point 4 de l'ordre du jour]

**DOCUMENT A/CN.4/564 et Add.1 et 2**

## Quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, par M. Giorgio Gaja, Rapporteur spécial*

*[Original: anglais]*
*[28 février, 12 et 20 avril 2006]*

## TABLE DES MATIÈRES


| | | *Pages* |
|---|---|---|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | | 105 |
| Ouvrages cités dans le présent rapport | | 106 |
| | *Paragraphes* | |
| INTRODUCTION | 1-4 | 108 |
| *Chapitres* | | |
| I. CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITÉ | 5-52 | 108 |
| A. Remarques d'ordre général | 5-8 | 108 |
| B. Consentement | 9-14 | 109 |
| C. Légitime défense | 15-20 | 109 |
| D. Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite | 21-25 | 111 |
| E. Force majeure | 26-32 | 111 |
| F. Détresse | 33-34 | 113 |
| G. État de nécessité | 35-46 | 113 |
| H. Respect de normes impératives | 47-49 | 116 |
| I. Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité | 50-52 | 116 |
| II. RESPONSABILITÉ D'UN ÉTAT À RAISON DU FAIT D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE | 53-96 | 117 |
| A. Remarques générales | 53-57 | 117 |
| B. Aide ou assistance, direction et contrôle, et coercition de la part d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite d'une organisation internationale | 58-63 | 117 |
| C. Utilisation par un État qui est membre d'une organisation internationale de la personnalité distincte de cette organisation | 64-74 | 119 |
| D. Question de la responsabilité des membres d'une organisation internationale en cas de responsabilité de cette dernière | 75-96 | 121 |


---

## Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

| | *Sources* |
|---|---|
| Traité interaméricain d'assistance mutuelle (Rio de Janeiro, 2 septembre 1947) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 21, nº 324, p. 77. |
| Traité de l'Atlantique Nord (Washington, 4 avril 1949) | Ibid., vol. 34, nº 541, p. 243. |


* Le Rapporteur spécial remercie Stefano Dorigo, doctorant à l'Université de Pise (Italie), Paolo Palchetti, professeur associé à l'Université de Macerata (Italie), et Antonios Tzanakopoulos (maîtrise de droit, Université de New York) pour le concours qu'ils lui ont accordé pour la rédaction du présent rapport.

| | *Sources* |
|---|---|
| Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950] | Ibid., vol. 213, nº 2889, p. 221. |
| Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (Londres, Moscou et Washington, 1er juillet 1968) | Ibid., vol. 729, nº 10485, p. 161. |
| Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) | Ibid., vol. 1155, nº 18232, p. 331. |
| Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972) | Ibid., vol. 961, nº 13810, p. 187. |
| Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980) | Ibid., vol. 1489, nº 25567, p. 3. |
| Sixième Accord international sur l'étain (Genève, 26 juin 1981) | Ibid., vol. 1282, nº 21139, p. 205. |
| Acte constitutif de l'Union africaine (Lomé, 11 juillet 2000) | Ibid., vol. 2158, nº 37733, p. 3. |
| Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), intégrant les modifications apportées par le Traité de Nice du 26 février 2001 | Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, nº C 325, vol. 45 (24 décembre 2002), p. 33. |
| Accord international sur le cacao (Genève, 13 mars 2001) | CNUCED (TD/COCOA.9/7). |

## Ouvrages cités dans le présent rapport


Abass, Ademola

«Consent precluding State responsibility: a critical analysis», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, première partie (janvier 2004), p. 211 à 225.

Adam, H.-T.

*Les organismes internationaux spécialisés: contribution à la théorie générale des établissements publics internationaux*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.

Amerasinghe, C. F.

«Liability to third parties of member States of international organizations: practice, principle and judicial precedent», *American Journal of International Law*, Washington, vol. 85 (1991), p. 259 à 280.

Amrallah, Borhan

«The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peace-keeping forces», *Revue égyptienne de droit international*, Le Caire, vol. 32 (1976), p. 57 à 82.

Arsanjani, Mahnoush H.

«Claims against international organizations: *quis custodiet ipsos custodes*», *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7, nº 2 (deuxième trimestre 1981), p. 131 à 176.

Brownlie, Ian

*Principles of Public International Law*, 6e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003.

«The responsibility of States for the acts of international organizations», dans Maurizio Ragazzi (dir. publ.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p. 355 à 362.

Cox, Katherine E.

«Beyond self-defense: United Nations peacekeeping operations & the use of force», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 27, nº 2 (deuxième trimestre 1999), p. 239 à 273.

Di Blase, Antonietta

«Sulla responsabilità internazionale per attività dell'ONU», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LVII, nº 2 (1974), p. 250 à 280.

Frulli, Micaela

«Le operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite e l'uso della forza», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXIV, nº 2 (2001), p. 347 à 392.

Galicki, Zdzislaw

«Liability of international organizations for space activities», *Polish Yearbook of International Law*, vol. V (1972-1973), p. 199 à 207.

Gattini, Andrea

«Smoking/no smoking: some remarks on the current place of fault in the ILC draft articles on State responsibility», *European Journal of International Law*, vol. 10, nº 2 (1999), p. 397 à 404.

Ginther, Konrad

*Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit internationaler Organisationen gegenüber Drittstaaten*, Vienne, Springer-Verlag, 1969.

Hartwig, Matthias

*Die Haftung der Mitgliedstaaten für Internationale Organisationen* (thèse, Université de Heidelberg, 1991), Berlin, Springer-Verlag, 1993.

Herdegen, Matthias

«The insolvency of international organizations and the legal position of creditors: some observations in the light of the International Tin Council crisis», *Netherlands International Law Review*, vol. XXXV, nº 2 (1988), p. 135 à 144.

Higgins, Rosalyn

«The legal consequences for member States of the non-fulfilment by international organizations of their obligations toward third parties: provisional report», Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 66, t. I, session de Lisbonne, 1995, travaux préparatoires.

HIRSCH, Moshe

*The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995 (Legal aspects of international organization, vol. 20).

HOFFMANN, Gerhard

«Der Durchgriff auf die Mitgliedstaaten internationaler Organisationen für deren Schulden», *Neue juristische Wochenschrift*, vol. 41, nº 10 (mars 1988), p. 585 à 590.

JOHNSTONE, Ian

«The plea of "necessity" in international legal discourse: humanitarian intervention and counter-terrorism», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, nº 2 (2005), p. 337 à 388.

KIRSCH, Philippe (dir. publ.)

«Canadian practice in international law: at the Department of Foreign Affairs in 1995-96», *Annuaire canadien de droit international*, vol. XXXIV (1996), p. 387 à 416.

KLEIN, Pierre

*La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

LAMBERTI ZANARDI, Pierluigi

*La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1972.

LOWE, Vaughan

«Precluding wrongfulness or responsibility: a plea for excuses», *European Journal of International Law*, vol. 10, nº 2 (1999), p. 405 à 411.

MÜNCH, Ingo (VON)

*Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Francfort-sur-le-Main, Keppler, 1963.

PELLET, Alain

«L'imputabilité d'éventuels actes illicites: responsabilité de l'OTAN ou des États membres», dans Christian Tomuschat (dir. publ.), *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, La Haye, Kluwer, 2002, p. 193 à 202.

PERNICE, Ingolf

«Die Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitglieder», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 26 (1988), p. 406 à 433.

PITSCHAS, Christian

*Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten: Zugleich ein Beitrag zu den völkerrechtlichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

RITTER, Jean-Pierre

«La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», *Annuaire français de droit international*, vol. VIII (1962), p. 427 à 456.

SADURSKA, Romana et C. M. CHINKIN

«The collapse of the International Tin Council: a case of State responsibility?», *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, nº 4 (troisième trimestre 1990), p. 845 à 890.

SALMON, Jean

«Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965», *Annuaire français de droit international*, vol. XI (1965), p. 468 à 497.

«Les circonstances excluant l'illicéité», dans Prosper Weil (dir. publ.), *Responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1987, p. 89 à 225.

SAPIENZA, Rosario

«Considerazioni sulle attività di assistenza e monitoraggio elettorale dell'ONU», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXVIII, nº 3 (2005), p. 647 à 666.

SANDS, Philippe et Pierre KLEIN

*Bowett's Law of International Institutions*, 5e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2001.

SAROOSHI, Dan

*International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

SCHERMERS, Henry G.

«Liability of international organizations», *Leiden Journal of International Law*, vol. 1, nº 1 (mai 1988), p. 3 à 14.

SCHMALENBACH, Kirsten

*Die Haftung Internationaler Organisationen im Rahmen von Militäreinsätzen und Territorialverwaltungen*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2004.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz

«Die völkerrechtliche Haftung für Handlungen internationaler Organisationen im Verhältnis zu Nichtmitgliedstaaten», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (Vienne), vol. XI, nos 3 et 4 (1961), p. 497 à 506.

*Corporations in and under International Law*, Cambridge, Grotius, 1987 (Hersch Lauterpacht Memorial Lecture Series).

«Liability of member States for acts or omissions of an international organization», dans Sabine Schlemmer-Schulte & Ko-Yung Tung (dir. publ.), Liber Amicorum *Ibrahim F. I. Shihata: International Finance and Development Law*, La Haye, Kluwer, 2001, p. 727 à 739.

SHIHATA, Ibrahim F. I.

«Role of law in economic development: the legal problems of international public ventures», *Revue égyptienne de droit international*, vol. 25 (1969), p. 119 à 128.

SHRAGA, Daphna

«UN peacekeeping operations: applicability of international humanitarian law and responsibility for operations-related damage», *American Journal of International Law*, Washington, vol. 94, nº 2 (avril 2000), p. 406 à 412.

STEIN, Torsten

«Kosovo and the international community – the attribution of possible internationally wrongful acts: responsibility of NATO or of its member States», dans Christian Tomuschat (dir. publ.), *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, La Haye, Kluwer, 2002, p. 181 à 192.

TALLON, Denis

«Article 79», dans C. M. Bianca et M. J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Giuffrè, 1987, p. 572 à 595.

WENCKSTERN, Manfred

«Die Haftung der Mitgliedstaaten für internationale Organisationen», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 61 (1997), p. 93 à 114.

ZEMANEK, Karl

«Les conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers: réponses et observations des membres de la Commission», Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 66, t. I, session de Lisbonne, 1995, travaux préparatoires, p. 325 à 330.

ZWANENBURG, Marten

*Accountability of Peace Support Operations*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005 (International Humanitarian Law Series, vol. 9).

## Introduction

1. À ses cinquante-cinquième, cinquante-sixième et cinquante-septième sessions, en 2003, 2004 et 2005, la Commission du droit international a adopté à titre provisoire 16 projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales[1]. Ces projets ont été divisés en quatre chapitres portant les titres suivants: «Introduction» (art. 1 à 3), «Attribution d'un comportement à une organisation internationale» (art. 4 à 7), «Violation d'une obligation internationale» (art. 8 à 11) et «Responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale» (art. 12 à 16).

2. Les projets d'article adoptés à ce jour et les questions soulevées par la Commission ont suscité un certain nombre d'observations de la part des États (surtout au cours des débats à la Sixième Commission) et des organisations internationales. Après la publication des observations écrites dont il a été question dans les rapports précédents, de nouveaux commentaires ont été réunis dans le document A/CN.4/556[2]. Avant que le Rapporteur spécial ne dépose le présent rapport, des réponses écrites avaient été reçues de la Belgique, de la Banque mondiale, de l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) et de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques.

3. Les considérations portant sur des questions que la Commission n'a pas encore débattues sont examinées dans le présent rapport, et les observations sur les projets d'article déjà adoptés le seront lorsque la Commission révisera le texte actuel.

4. Le chapitre I du présent rapport traite des circonstances excluant l'illicéité; le chapitre II traitera de la responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale.

[1] Le texte des projets d'article adoptés à ce jour à titre provisoire figure dans *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 40 et 41, par. 205.

[2] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), p. 27, «Commentaires et observations des gouvernements et des organisations internationales».

CHAPITRE I

## Circonstances excluant l'illicéité

### A. Remarques d'ordre général

5. Comme ceux qui l'ont précédé, le présent rapport suit le schéma adopté pour le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Le chapitre V de la première partie de ce dernier texte contient huit articles regroupés sous le titre «Circonstances excluant l'illicéité[3]». Le chapitre V de la première partie du présent projet devrait avoir le même titre.

6. Quelques commentateurs ont fait observer que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite figurant au chapitre V de la première partie couvrait des circonstances hétérogènes et, en particulier, ne faisait pas la distinction entre le «fait justificatif» et l'«excuse[4]». Selon cette distinction, la première catégorie regroupe les circonstances qui excluent totalement l'illicéité alors que la seconde désigne des circonstances ayant un effet plus limité et n'excluant la responsabilité que dans des cas exceptionnels. Une distinction de cette sorte ne serait pas sans pertinence dans le domaine de la preuve. Cependant, un fait justificatif ne peut se ranger parmi les circonstances excluant l'illicéité parce qu'il exclurait toute violation d'une obligation internationale. C'est pourquoi cette distinction n'a pas été utilisée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Si le commentaire utilise les deux expressions, «fait justificatif» et «excuse», pour désigner les circonstances excluant l'illicéité[5], d'après le commentaire relatif à l'article 20,

> il faut faire une distinction entre le consentement à l'égard d'une situation particulière ou d'un comportement particulier et le consentement à l'égard de l'obligation sous-jacente elle-même[6].

Seul le premier type de consentement a été considéré comme circonstance excluant l'illicéité. Il serait apparemment préférable que la Commission adopte le même point de vue pour le présent projet d'articles dans la mesure où la responsabilité des organisations internationales n'a rien de particulier sous cet aspect.

7. La même volonté de cohérence avec la démarche adoptée à l'égard de la responsabilité de l'État incline à éviter dans le présent projet d'articles des circonstances excluant l'illicéité qui n'étaient pas considérées comme telles dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, mais qui s'appliqueraient de même manière dans le cas des États et dans celui des organisations internationales.

8. On en trouve un bon exemple dans l'organisation internationale qui agit sous la contrainte. Par souci de cohérence avec le texte sur la responsabilité de l'État, il serait préférable de ne pas faire figurer cette hypothèse parmi les circonstances excluant l'illicéité[7], même si

[3] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27 et 28, par. 76.

[4] Lowe, «Precluding wrongfulness or responsibility: a plea for excuses», p. 405; Gattini, «Smoking/no smoking: some remarks on the current place of fault in the ILC draft articles on State responsibility», p. 401; et Johnstone, «The plea of "necessity" in international legal discourse: humanitarian intervention and counter-terrorism», p. 349 à 356.

[5] Par exemple, dans le commentaire relatif à l'introduction du chapitre V [*Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 75, par. 2].

[6] Ibid., p. 77, par. 2.

[7] Pour la Fédération de Russie, la coercition par un État ou une organisation internationale pourrait donner naissance à une circonstance excluant l'illicéité [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 70]. L'idée de faire de la contrainte une circonstance

l'alinéa *a* de l'article 14 du projet actuel laisse entendre que l'État ou l'organisation internationale contraints seraient exonérés de la responsabilité internationale en disant ceci:

> Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État ou de l'organisation internationale soumis à la contrainte[8].

Hormis le fait que cet alinéa mentionne l'organisation internationale en même temps que l'État, le texte est identique à l'alinéa *a* de l'article 18 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Cette dernière disposition considère également de façon implicite la coercition comme une circonstance excluant l'illicéité, même si les articles consacrés à la responsabilité de l'État ne la mentionnent pas expressément[9]. Il n'y aurait aucune raison de s'écarter sur ce plan des articles sur la responsabilité de l'État.

### B. Consentement

9. Le consentement est la première des circonstances excluant l'illicéité dont il est fait mention. Le commentaire relatif à la disposition dont il s'agit (art. 20) explique qu'elle «reflète le principe fondamental de droit international relatif au consentement[10]». Ce principe s'applique aux organisations internationales aussi bien qu'aux États.

10. Une organisation internationale peut donner son consentement au comportement d'un État ou d'une organisation internationale. Le consentement donné par une organisation à un État ne relève pas du présent projet d'articles, car il exclurait la responsabilité de l'État. Ce qu'il y a lieu de considérer ici, c'est le consentement à la commission d'un fait par une organisation internationale.

11. Comme les États, les organisations internationales assument plusieurs fonctions qui engageraient leur responsabilité internationale si elles n'étaient pas accomplies avec le consentement d'un État ou d'une organisation internationale. Le plus fréquent des cas pertinents ici est le consentement que donne l'État sur le territoire duquel l'organisation exerce ses fonctions.

12. Les demandes de contrôle d'une consultation électorale par une organisation internationale est un exemple relativement fréquent de consentement donné par un État à une organisation pour que celle-ci puisse assumer des fonctions qui seraient autrement une infraction à la souveraineté nationale[11].

13. On trouve un exemple récent de consentement donné par un État à la fois à une organisation internationale et à plusieurs autres États dans le déploiement de la mission de surveillance à Aceh (Indonésie). Cette mission a été déployée le 15 septembre 2005 à la suite d'une invitation officielle du Gouvernement indonésien adressée à l'Union européenne, à cinq pays de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) [Brunéi Darussalam, Malaisie, Philippines, Singapour et Thaïlande], à la Norvège et à la Suisse[12].

14. Il semble qu'il n'y ait aucune raison de distinguer les conditions dans lesquelles le consentement est une circonstance qui exclut l'illicéité dans le cas des États de celles qui vaudraient pour les organisations internationales. Il est donc facile de n'apporter que les modifications de forme nécessaires à l'article 20 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[13]. Sur la base des observations qui précèdent, le texte ci-après est proposé:

«*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.»

### C. Légitime défense

15. L'Article 51 de la Charte des Nations Unies n'évoque la légitime défense que dans le contexte de l'attaque armée d'un État, mais il est très facile d'imaginer qu'une organisation internationale se trouve dans la même situation qu'un État. C'est ce qui est tenu pour acquis dans le mémorandum du Bureau des affaires juridiques de l'ONU adressé au Conseiller politique principal du Secrétaire général où il est dit:

> [L]'emploi de la force en état de légitime défense est un droit naturel des forces des Nations Unies exercé dans un but de défense collective et individuelle[14].

Il serait en effet fort étrange qu'une organisation internationale ne puisse réagir légitimement – mais pas

excluant l'illicéité dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite a été soutenue devant la Commission par M. John Dugard (*Annuaire… 1999*, vol. I, 2592e séance, p. 189, par. 22 et 23). Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, p. 51, considère qu'il y a peut-être circonstance excluant l'illicéité lorsqu'une organisation internationale «cherche de bonne foi à exercer son pouvoir statutaire pour empêcher la commission d'un fait illicite mais que le contrôle exercé par un État sur cette organisation a fait que l'acte est quand même commis». Le chapitre qui suit se prêtera mieux à l'analyse de l'opinion exprimée par le Bélarus, à savoir: «Parfois, il serait indiqué d'exonérer les organisations internationales de la responsabilité des faits internationalement illicites pour prévoir au contraire une responsabilité collective des États membres, surtout lorsqu'il s'agit d'organisations internationales qui ont peu de ressources et de membres et où chacun d'eux a d'autant plus d'influence sur leurs activités» [*Documents officiels de l'Assemblée générale* (voir ci-dessus), par. 52].

[8] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 41, par. 205.

[9] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

[10] Ibid, p. 77, par. 1.

[11] Sur le rôle du consentement relativement au contrôle des consultations électorales, voir le paragraphe 16 du rapport du Secrétaire général de l'ONU intitulé «Renforcement de l'efficacité du principe d'élections périodiques et honnêtes» (A/49/675). On doit une étude récente à Sapienza, «Considerazioni sulle attività di assistenza e monitoraggio elettorale dell'ONU».

[12] On trouve une référence à cette invitation, formulée le 12 juillet 2005, au troisième paragraphe du préambule de l'action commune 2005/643/PESC du Conseil du 9 septembre 2005 concernant la mission de surveillance de l'Union européenne à Aceh (Indonésie), *Journal officiel de l'Union européenne* (10 septembre 2005), no L 234, p. 13.

[13] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 76.

[14] *Annuaire juridique des Nations Unies*, 1993 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.13), par. 6 d'un mémorandum du 19 juillet 1993.

nécessairement par la force[15] – si elle faisait l'objet d'une attaque armée[16].

16. On a dit que lorsque la force de l'ONU qui se trouvait au Congo a réagi aux attaques de mercenaires belges, l'Organisation pouvait invoquer la légitime défense et n'engageait donc pas sa responsabilité internationale[17]. À propos de la Force de protection des Nations Unies, un mémorandum du Bureau des affaires juridiques du Département des affaires étrangères et du commerce international du Canada a affirmé:

> [L]a légitime défense comprend vraisemblablement la défense des zones de sûreté et de la population civile qui s'y trouve[18].

17. Il est très souvent question de légitime défense dans les textes fixant le mandat des forces de maintien de la paix. À propos, par exemple, de la Force des Nations Unies chargée du maintien de la paix à Chypre, le Secrétaire général a déclaré:

> Les troupes de la Force ne prendront pas l'initiative d'utiliser la force armée. L'usage de la force armée n'est permis qu'en cas de légitime défense[19].

Le sens à donner effectivement à la «légitime défense» qui figure dans les mandats des diverses forces de maintien et de rétablissement de la paix s'est élargi avec le temps. À l'origine, l'opinion du Secrétaire général était la suivante:

> Une définition raisonnable semble avoir été établie dans le cas de la Force d'urgence, où la règle appliquée interdit absolument aux hommes participant à l'opération de jamais prendre l'initiative de recourir à la force armée, mais les autorise à répondre par la force à une attaque armée, notamment aux tentatives de recours à la force qui viseraient à leur faire évacuer les positions qu'ils occupent sur l'ordre du commandant, agissant en vertu des pouvoirs délégués par l'Assemblée et dans le cadre de ses résolutions[20].

Selon l'évaluation récente à laquelle a procédé le Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement:

> [L]e droit de faire usage de la force en état de légitime défense […] et il est généralement entendu que ce droit s'étend à «la défense de la mission»[21].

Les mandats confiés aux forces de maintien et de rétablissement de la paix sont différents, mais toutes les mentions du droit de légitime défense qui y sont faites confirment que l'état de légitime défense est une circonstance qui exclut l'illicéité. Cette conclusion n'est pas modifiée par le fait que les dispositions dont il s'agit semblent envisager une réaction à une attaque dirigée contre les forces de l'ONU par d'autres acteurs que des États et des organisations internationales[22]. Il n'est fait aucune distinction selon l'auteur de l'attaque armée.

18. La possibilité d'invoquer la légitime défense ne devrait pas être limitée à l'Organisation des Nations Unies. D'autres institutions déploient aussi des forces militaires ou s'occupent d'administrer des territoires. L'importance de la légitime défense en tant que circonstance excluant l'illicéité du fait d'une organisation internationale dépend des conditions dans lesquelles la légitime défense est admissible. Plus la notion d'attaque armée est large, plus la notion de légitime défense s'applique facilement aux organisations internationales qui s'engagent dans des opérations militaires. On peut rappeler dans ce contexte que, dans son arrêt sur les *Plates-formes pétrolières*, la Cour internationale de Justice a dit:

> La Cour n'exclut pas que le minage d'un seul navire de guerre puisse suffire à justifier qu'il soit fait usage du «droit naturel de légitime défense»[23].

19. L'article 21 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne précise pas les conditions dans lesquelles on peut invoquer la légitime défense, sauf qu'il exige que la mesure de défense soit «licite» et «prise en conformité avec la Charte des Nations Unies[24]». Il convient certainement d'adopter la même solution dans le projet actuel. Autrement dit, le texte du projet d'articles ne devrait pas aborder la question de l'invocabilité de la légitime défense par une organisation internationale en cas d'attaque armée contre l'un de ses membres. Peut-être est-il quand même utile de soulever la question ici et de voir s'il n'y aurait pas lieu d'en dire quelque chose dans le commentaire. Elle se pose en effet parce que plusieurs organisations ont été créées pour faciliter la légitime défense collective de leurs membres. Bien que la plupart des actes constitutifs de ces institutions ne mentionnent que le recours à la force par les États membres et non par l'organisation elle-même[25], il était peut-être entendu que les

---

[15] L'idée a été défendue par Salmon, «Les circonstances excluant l'illicéité», p. 169.

[16] Parmi les auteurs qui ont soutenu que la légitime défense pouvait être invoquée par l'Organisation des Nations Unies et d'autres institutions internationales faisant l'objet d'une attaque armée, voir Arsanjani, «Claims against international organizations: *quis custodiet ipsos custodes*», p. 176; Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, p. 421; Schmalenbach, *Die Haftung Internationaler Organisationen im Rahmen von Militareinsätzen und Territorialverwaltungen*, p. 264 et 265; et Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, p. 16.

[17] Idée exprimée par Salmon, «Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965», p. 482.

[18] Kirsch, «Canadian practice in international law: at the Department of Foreign Affairs in 1995-96», p. 389.

[19] S/5653 (11 avril 1964), par. 16.

[20] *Documents officiels de l'Assemblée générale, treizième session, Annexes*, point 65 de l'ordre du jour, document A/3943 (9 octobre 1958), par. 179.

[21] Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement: «Un monde plus sûr: notre affaire à tous» (A/59/565), par. 213. Des études récentes de l'évolution du rôle de la légitime défense dans les opérations de maintien et de rétablissement de la paix sont dues à Cox, «Beyond self-defense: United Nations peacekeeping operations & the use of force», p. 239, et à Frulli, «Le operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite e l'uso della forza», p. 347.

[22] C'est un aspect qui a été souligné par Lamberti Zanardi, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, p. 298 et 299, et par Klein, op. cit., p. 421.

[23] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 161 et suiv., en particulier p. 195 et 196, par. 72.

[24] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

[25] Par exemple, le premier paragraphe de l'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord dit ce qui suit: «Les Parties conviennent qu'une attaque armée contre l'une ou plusieurs d'entre elles survenant en Europe ou en Amérique du Nord sera considérée comme une attaque dirigée contre toutes les Parties et, en conséquence, elles conviennent que, si une telle attaque se produit, chacune d'elles, dans l'exercice du droit de légitime défense, individuelle ou collective, reconnu par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, assistera la Partie ou les Parties ainsi attaquées en prenant aussitôt, individuellement et d'accord avec les autres Parties, telle action qu'elle jugera nécessaire, y compris l'emploi de la force armée, pour rétablir et assurer la sécurité dans la

États membres agiraient à travers l'organisation ou même que celle-ci réagirait directement[26].

20. De toute manière, le fait qu'une organisation internationale puisse invoquer la légitime défense comme circonstance excluant l'illicéité semble assez important pour faire l'objet d'un projet d'article exprès[27]. Cet article pourrait s'inspirer de l'article 21 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[28] et se lire comme suit:

«*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 la Charte des Nations Unies.»

### D. Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite

21. Dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, les contre-mesures font l'objet de l'article 22 et du chapitre II de la troisième partie (art. 49 à 54[29]). Si ce dernier chapitre traite des conditions dans lesquelles l'État peut prendre des contre-mesures, l'article 22 se borne à dire:

> L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie[30].

22. On pourrait adopter la même façon de procéder pour les organisations internationales si l'éventualité qu'une organisation prenne des contre-mesures n'est pas catégoriquement écartée. La chose est assez peu probable: un nombre substantiel de commentaires où est analysée la pratique relative à la légitimité des contre-mesures des organisations internationales montrent qu'il n'est pas contesté qu'une organisation internationale puisse dans certains cas prendre des contre-mesures[31]. Cela incline à prévoir une disposition sur les contre-mesures, au moins entre crochets, parmi les articles sur les circonstances excluant l'illicéité.

23. Si une organisation internationale n'assume pas une obligation de droit international à l'égard d'une autre organisation, par exemple en ne lui fournissant pas un certain produit, et que de surcroît elle ne répare pas ce fait illicite, la question peut se poser de savoir si et dans quelle mesure l'organisation lésée peut adopter des contre-mesures pour faire respecter l'obligation primaire ou l'obligation de réparer. L'examen des circonstances dans lesquelles une organisation peut recourir à des contre-mesures à l'égard d'une autre organisation peut être reporté au moment où la Commission examinera la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'organisation internationale.

24. D'autres questions se posent dans ce contexte, relativement au recours aux contre-mesures par une organisation internationale à l'égard d'un État ou au cas inverse, c'est-à-dire le recours à des contre-mesures par un État contre une organisation. Les deux cas de figure sont reliés parce qu'il semble difficile d'admettre qu'un État peut prendre des contre-mesures contre une organisation sans admettre en même temps que celle-ci peut faire de même. C'est quand on étudiera la mise en œuvre de la responsabilité internationale que l'on pourra décider ou non de traiter ces questions dans le projet d'articles.

25. Il serait difficile de rédiger un article sur les contre-mesures en tant que circonstances excluant l'illicéité du fait d'une organisation internationale sans savoir si la question des contre-mesures prises par une organisation à l'égard d'un État sera ou non abordée. Une solution consisterait à laisser en blanc pour l'instant le texte de l'article. On pourrait aussi rédiger le texte mais en laisser une partie entre crochets. On s'inspirerait alors de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[32]. Cependant, comme il ne serait pas judicieux de renvoyer à des circonstances qui n'ont pas encore été analysées, on pourrait à titre provisoire qualifier les contre-mesures de «licites». Selon la solution choisie, le projet d'articles se lirait comme suit:

«*Article 19. 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].»

### E. Force majeure

26. En règle générale, les systèmes juridiques considèrent que la responsabilité n'est pas engagée en cas de force majeure ou de circonstances analogues, qualifiés d'empêchement, d'impossibilité pratique, d'imprévision ou d'obstacle insurmontable[33]. La diversité des solutions retenues par les ordres juridiques nationaux a conduit à

---

région de l'Atlantique Nord.» L'article 3 du Traité interaméricain d'assistance mutuelle a été rédigé dans la même optique.

[26] On voit le reflet de cette hypothèse dans le libellé de textes comme le paragraphe 2 de la résolution 770 (1992) du Conseil de sécurité, où les États sont priés de «prendre, à titre national ou dans le cadre d'organisations ou d'arrangements régionaux, toutes les mesures nécessaires pour faciliter» l'acheminement de l'assistance humanitaire en Bosnie-Herzégovine.

[27] Tout en faisant observer que «des difficultés» apparaîtraient «si l'on tentait d'appliquer aux organisations internationales certaines circonstances excluant l'illicéité, telles que la légitime défense» [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 70], la Fédération de Russie n'a pas écarté la légitime défense comme circonstance excluant l'illicéité.

[28] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

[29] Ibid, p. 30 et 31.

[30] Ibid., p. 28.

[31] Voir Klein, op. cit., p. 396 à 409.

[32] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 28.

[33] Voir par exemple Tallon, «Article 79», p. 573 à 575.

utiliser des termes neutres dans un traité d'uniformisation comme la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Au paragraphe 1 de l'article 79, elle dispose ce qui suit:

> Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou en surmonte les conséquences.

27. Pour ce qui est du droit international dans ses applications aux États, on trouve une définition de la force majeure et des circonstances qui l'entourent à l'article 23 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[34]. Il serait difficile de soutenir que les mêmes circonstances ne s'appliquent pas aux organisations internationales.

28. On peut trouver quelques illustrations de la pratique, même si elles sont limitées, dans le domaine de la force majeure à l'égard des organisations internationales. Certains accords conclus par des organisations internationales en offrent quelques exemples. Par exemple, le paragraphe 6 de l'article XII de l'Accord entre le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) et l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) en qualité d'agent d'exécution était ainsi rédigé:

> En 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 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[35].

Bien que ce paragraphe porte sur la dénonciation d'un accord, il dit implicitement que la non-exécution d'une obligation qu'il prévoit en cas de force majeure ne constitue pas une infraction à ses dispositions.

29. La force majeure a été invoquée par des organisations internationales pour écarter l'illicéité de leur comportement dans des procédures engagées devant les tribunaux administratifs internationaux. Dans son jugement nº 24, *Fernando Hernández de Agüero v. Secretary General of the Organization of American States*, le Tribunal administratif de l'Organisation des États américains a rejeté l'argument de la force majeure allégué pour justifier le renvoi 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[36].

Bien que le Tribunal ait rejeté la requête, il a clairement admis que la force majeure pouvait être invoquée.

30. Le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (OIT) a adopté un point de vue analogue en l'affaire *Barthl* dans son jugement nº 664. Il a jugé que la force majeure pouvait être invoquée pour un contrat de travail et a déclaré:

> 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[37].

Le fait que la force majeure ait en l'espèce été invoquée par un fonctionnaire contre l'organisation internationale et non par l'Organisation n'est pas ici pertinent.

31. INTERPOL a attiré l'attention sur la pertinence de la «détresse financière» qui peut, dans des circonstances échappant à la volonté d'une organisation, affecter la capacité de celle-ci d'assumer ses obligations:

> À la différence des États et autres entités territoriales, les organisations internationales n'ont pas compétence pour lever l'impôt et ne peuvent donc pas générer de revenus propres. Elles dépendent donc des contributions financières des pays membres. Si un nombre important de ces pays venaient à ne pas verser leurs contributions, l'organisation pourrait se trouver dans l'impossibilité de faire face à ses obligations financières. Ainsi que l'a montré la disparition du Conseil international de l'étain, une organisation internationale, à l'inverse d'un État, peut voir son existence même menacée par le manque de fonds. Il convient d'accorder à cette question une attention particulière pour la codification et l'élaboration progressive du droit de la responsabilité des organisations internationales, soit dans la rubrique «force majeure» ou «état de nécessité», soit sous la forme d'une disposition permettant de réagir à l'insolvabilité d'une organisation internationale[38].

La détresse financière peut constituer un cas de force majeure que l'organisation peut invoquer pour écarter l'illicéité du non-respect d'une obligation internationale. Le fait que le cas de force majeure s'explique par le comportement des États membres de cette organisation n'empêcherait pas celle-ci, en sa qualité d'entité distincte, d'invoquer cette circonstance. Le non-respect de ses obligations par l'organisation soulèverait alors la question de savoir si ses États membres voient alors leur responsabilité engagée, question qui sera traitée dans la partie qui suit.

32. En prenant pour modèle l'article 23 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[39] pour rédiger une disposition sur l'invocation de la force majeure par une organisation internationale, on peut proposer le texte suivant:

---

[34] Voir *supra* la note 32.

[35] New York, 17 septembre 1992, et Genève, 19 octobre 1992, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1691, nº 1066, p. 325.

[36] Jugement rendu le 16 novembre 1976, par. 3. Le texte peut être consulté à l'adresse suivante: www.oas.org. Dans une lettre adressée le 8 janvier 2003 au Secrétaire de la Commission, l'Organisation des États américains (OEA) faisait observer ceci: «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 des 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» [*Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/545, sect. I.5, par. 3].

[37] Par. 3 du jugement du 19 juin 1985, disponible à l'adresse suivante: www.ilo.org.

[38] Lettre du Conseiller juridique d'INTERPOL adressée le 9 février 2005 au Secrétaire de la Commission [voir *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. M.2, p. 49 et 50]. Les notes de bas de page n'ont pas été reproduites.

[39] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 28.

«*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.»

### F. Détresse

33. L'article 24 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[40] fait de la détresse une circonstance excluant l'illicéité «si l'auteur [du] fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen […] de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger». Les exemples sont rares dans lesquels la détresse aurait été invoquée pour légitimer le fait d'un État. Il n'est donc pas surprenant que la pratique connue n'offre aucune illustration de la situation de détresse pour une organisation internationale. Pourtant, il n'y a apparemment aucune raison de ne pas retenir la même circonstance excluant l'illicéité dans le cas d'une organisation internationale si le fait illicite de celle-ci résulte de l'effort entrepris par l'un de ses organes ou agents pour sauver la vie de l'organe ou de l'agent ou la vie d'autres personnes qu'ils ont la charge de protéger[41]. Il n'y a pas non plus de raison de vouloir appliquer des règles différentes aux États et aux organisations internationales.

34. On proposera donc ci-dessous un projet d'article inspiré de l'article 24 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[42]:

«*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.»

### G. État de nécessité

35. L'état de nécessité est sans doute, parmi les circonstances excluant l'illicéité, celle qui est la plus controversée. Elle a presque toujours été considérée sous l'angle des États. Il est vrai, comme l'a fait observer le Fonds monétaire international (FMI)[43], que dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* la Cour internationale de Justice ne parlait pas expressément des États lorsqu'elle déclarait:

> [L]'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale[44].

Cependant, si l'on replace ce passage dans le contexte des circonstances de l'affaire et de l'ensemble du projet d'articles sur le sujet adopté par la Commission en première lecture, il apparaît clairement que la Cour ne songeait qu'aux relations entre États. Il serait difficile de souscrire à l'observation du Fonds monétaire international, selon lequel

> on pourrait donc l'utiliser pour soutenir que l'état de nécessité peut être invoqué pour exclure l'illicéité du fait d'organisations internationales[45].

36. On ne peut pas déduire grand-chose du fait que certains accords conclus par des organisations internationales prévoient le non-respect de certaines obligations internationales en cas de difficultés ou de perturbations graves[46]. Cette pratique, qui n'est pas générale, ne suffit pas pour attester le fait qu'une organisation internationale peut invoquer l'état de nécessité pour légitimer une infraction à ses obligations au titre du droit international général.

37. On trouve dans les déclarations où il est dit que les forces des Nations Unies peuvent invoquer la «nécessité opérationnelle» ou la «nécessité militaire[47]» un élément de pratique plus conséquent. Dans son rapport sur le financement des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, le Secrétaire général déclarait:

> L'Organisation est responsable de la perte de biens et des dommages matériels causés par des forces des Nations Unies dans le cadre de leur fonctionnement ordinaire sauf en cas d'«impératifs opérationnels» – par exemple lorsque les dommages résultent d'actions nécessaires

---

[40] Ibid.

[41] Klein, op. cit., p. 415 et 416, présente l'exemple hypothétique du franchissement sans autorisation d'une frontière par des agents du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés cherchant à sauver des réfugiés placés sous la protection du Haut-Commissariat du bombardement d'un camp.

[42] Voir *supra* la note 39.

[43] Lettre du Conseiller juridique du Fonds monétaire international adressée le 1er avril 2005 au Secrétaire de la Commission [voir *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. M.3, p. 50].

[44] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7 et suiv., en particulier p. 40, par. 51.

[45] Voir *supra* la note 43.

[46] Klein, op. cit., p. 417 à 419, évoque certains accords de coopération conclus par la Communauté économique européenne avec certains États non membres. La Belgique a mentionné les mêmes accords [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 22e séance (A/C.6/59/SR.22), par. 77].

[47] Pour la distinction entre les deux notions, voir Shraga, «UN peacekeeping operations: applicability of international humanitarian law and responsibility for operations-related damage», p. 410 et 411. L'extension de l'acception de «nécessité militaire» a été critiquée; voir Sands et Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, p. 520, note 64.

entreprises par une force de maintien de la paix dans l'exercice de son mandat[48].

Dans cette optique, les «nécessités opérationnelles» semblent rendre légitimes les atteintes aux biens privés. Dans d'autres cas, c'est la «nécessité militaire» qui est invoquée, comme dans le mémorandum rédigé par le Bureau des affaires juridiques à propos de l'occupation par l'Opération des Nations Unies en Somalie II (ONUSOM II) d'un ensemble immobilier à Mogadiscio:

> S'il est établi […] que l'occupation du complexe par les factions hostiles aurait exposé ONUSOM II à un danger sérieux de telle sorte que le «personnel, [les] installations et [le] matériel de l'Organisation des Nations Unies et des autres organismes des Nations Unies, du CICR et des ONG» […] n'auraient pu être dûment protégés sans qu'ONUSOM II prenne physiquement possession du complexe, l'occupation dudit complexe peut être considérée comme un acte de nécessité militaire visant à assurer la réalisation des objectifs énoncés dans la résolution 814 (1993) du Conseil de sécurité.
>
> Dans cette perspective, l'occupation dudit complexe peut être considérée comme légitime[49].

38. Le Tribunal administratif de l'OIT a évoqué l'argument de l'état de nécessité soulevé par une organisation internationale dans son jugement n° 2183 en l'affaire *T.D.-N. c. CERN*. Cette affaire concernait l'accès aux comptes électroniques d'un employé qui se trouvait en congé. Selon le Tribunal,

> 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[50].

Ce passage concerne strictement les relations entre une organisation internationale et ses employés, mais la remarque du Tribunal est de nature plus générale et laisse entendre qu'une organisation peut invoquer l'état de nécessité comme circonstance excluant l'illicéité[51].

39. Même si la pratique est rare, comme l'a fait observer INTERPOL:

> [L]'état de nécessité ne relève pas de ces domaines du droit international qui, par essence, ne s'appliquent manifestement pas aux organisations internationales[52].

La possibilité pour les organisations internationales d'exciper de l'état de nécessité a également été soutenue par la Commission européenne[53], le Fonds monétaire international[54], l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle[55] et la Banque mondiale[56]. Bien que les observations faites à la Sixième Commission en réponse à une question soulevée par la Commission du droit international aient montré des divisions, la majorité des avis exprimés par les États étaient favorables à l'inclusion de l'état de nécessité parmi les circonstances excluant l'illicéité. Dans les déclarations qui recensent cette idée, c'est essentiellement le manque de pratique établie qui est souligné, ainsi que le risque d'abus et la nécessité de fixer des conditions plus strictes que pour les États[57]. On pourrait répondre à cette dernière préoccupation en tenant compte des caractéristiques particulières des organisations internationales pour fixer les conditions dans lesquelles elles peuvent invoquer l'état de nécessité.

40. À propos de l'état de nécessité invoqué comme circonstance excluant l'illicéité, l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite exige que le fait de l'État soit «le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent[58]». Dans son arrêt en l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a également insisté sur la condition qu'il y ait menace pour «un "intérêt essentiel" de l'État auteur du fait contraire à l'une de ses obligations internationales[59]». Dans le commentaire de l'article 25, la Commission fait observer ce qui suit:

> La mesure dans laquelle un intérêt donné est «essentiel» dépend de l'ensemble des circonstances, et ne peut être préjugée. Il peut s'agir d'intérêts propres à l'État et à ses ressortissants, comme d'intérêts de la communauté internationale dans son ensemble[60].

---

[48] A/51/389, par. 13.

[49] *Annuaire juridique des Nations Unies*, 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.00.V.8), p. 500.

[50] Jugement du 3 février 2003, par. 19. Disponible à l'adresse suivante: www.ilo.org.

[51] Dans une lettre adressée le 31 janvier 2006 au Secrétaire de la Commission, INTERPOL fait observer que «bien que le Tribunal ait utilisé les termes "état de nécessité", il est possible de soutenir que le critère énoncé à l'alinéa *a* de l'article 16 du projet d'articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'était pas rempli» (document A/CN.4/568 et Add.1, sect. J.3, par. 6, reproduit dans le présent volume).

[52] Lettre du Conseiller juridique d'INTERPOL adressée le 9 février 2005 au Secrétaire de la Commission [voir *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. M.2, p. 49].

[53] Lettre de la Commission européenne adressée le 18 mars 2005 au Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies [voir *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. M.1, p. 49].

[54] Lettre du Fonds monétaire international adressée le 1er avril 2005 au Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies [voir *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. M.3, p. 50].

[55] Lettre du Conseiller juridique de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle adressée le 19 janvier 2005 au Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies [voir *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. M.5, p. 50].

[56] Lettre du premier Vice-Président et Conseiller juridique de la Banque mondiale adressée le 31 janvier 2006 au Secrétaire de la Commission (voir document A/CN.4/568 et Add.1, sect. K.11, par. 6, reproduit dans le présent volume).

[57] Se sont prononcés en faveur de l'idée: la France [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 22e séance (A/C.6/59/SR.22), par. 12], l'Autriche (ibid., par. 23), le Danemark, au nom des pays nordiques (ibid., par. 65), la Belgique (ibid., par. 76), la Fédération de Russie [ibid., 23e séance (A/C.6/59/SR.23), par. 23] et Cuba (ibid., par. 25). Une position provisoirement favorable a été adoptée par l'Espagne [ibid., 22e séance (A/C.6/59/SR.22), par. 49]. Se sont prononcés contre: l'Allemagne [ibid., 21e séance (A/C.6/59/SR.21), par. 22], la Chine (ibid., par. 42), la Pologne [ibid., 22e séance (A/C.6/59/SR.22), par. 2], le Bélarus (ibid., par. 45) et la Grèce [ibid., 23e séance (A/C.6/59/SR.23), par. 43]. Une position provisoirement négative a été adoptée par Singapour [ibid., 22e séance (A/C.6/59/SR.22), par. 57] et la Nouvelle-Zélande [ibid., 23e séance (A/C.6/59/SR.23), par. 10].

[58] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 28.

[59] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 44), p. 40, par. 52. Dans *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 195, par. 140, la Cour évoque une fois encore la condition de l'«intérêt essentiel» en renvoyant à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

[60] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 88, par. 15.

41. Comme l'a fait observer le Fonds monétaire international,

> il est difficile de déterminer si une organisation internationale pourrait faire état d'«intérêts essentiels» analogues à ceux des États pour invoquer l'état de nécessité[61].

Si un État peut à juste titre protéger un intérêt essentiel qui lui est propre ou qui est celui de la communauté internationale, la gamme d'intérêts qu'une organisation internationale peut invoquer ne peut être aussi large. On ne peut, par exemple, assimiler l'intérêt qu'un État porte à sa survie avec l'intérêt qu'une organisation internationale a à ne pas disparaître. Les organisations internationales ne sont pas non plus dans la même situation que les États quand il s'agit de protéger les intérêts essentiels de la communauté internationale.

42. Pour une organisation internationale les «intérêts essentiels» doivent avoir un lien avec les fonctions qui leur ont été confiées. Selon la Banque mondiale,

> [l]es organisations internationales ayant une personnalité juridique distincte de celle de leurs États membres et étant donc des sujets de droit distincts, on ne saurait nier, a priori, qu'elles aussi ont des intérêts essentiels à sauvegarder conformément à leurs instruments constitutifs[62].

Le Fonds monétaire international soutient, dans le même ordre d'idée:

> [I]l convient de tenir compte de leurs buts et de leurs fonctions [des organisations internationales] pour appliquer cette clause d'exclusion[63].

Et, comme l'a fait remarquer la Commission européenne,

> une organisation internationale de défense de l'environnement pourrait invoquer la «nécessité écologique» dans des circonstances comparables à celles où des États seraient autorisés à le faire si […] elle doit protéger un intérêt essentiel dans le cadre d'une mesure énoncée dans son acte constitutif comme l'une de ses tâches essentielles et sa raison d'être[64].

43. Ces remarques amènent à considérer qu'une organisation internationale ne peut invoquer l'état de nécessité qu'en cas de péril grave[65] menaçant l'intérêt qu'elle a pour mission de protéger. Le renvoi au seul acte constitutif de l'organisation est trop restrictif. Comme la Cour internationale de Justice l'a fait observer dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*:

> Les compétences conférées aux organisations internationales font normalement l'objet d'une formulation expresse dans leur acte constitutif. Néanmoins, les exigences de la vie internationale peuvent mettre en lumière la nécessité pour les organisations de disposer, aux fins d'atteindre leurs buts, de compétences subsidiaires non expressément prévues dans les textes fondamentaux qui gouvernent leur activité. Il est généralement admis que les organisations internationales peuvent exercer de tels pouvoirs dits «implicites»[66].

44. Si une organisation internationale est créée pour protéger un certain intérêt de la communauté internationale, elle peut invoquer l'état de nécessité en cas de péril grave menaçant cet intérêt. On pourrait apparemment dire la même chose des organisations non universelles, puisqu'elles procéderaient de la même façon, ayant été créées à cette fin par leurs membres qui, selon la définition donnée dans le projet d'article 2[67], sont des États ou comprennent des États. Puisque, selon l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[68], les États peuvent invoquer l'état de nécessité pour protéger individuellement un intérêt essentiel de la communauté internationale, cela devrait aussi s'appliquer aux organisations dont ils sont membres.

45. Selon l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[69], le fait en raison duquel l'état de nécessité est invoqué ne doit pas porter «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». Dans le projet d'article sur l'exception de nécessité dans le cas des organisations internationales, il n'y a pas lieu de mentionner la possibilité de porter gravement atteinte à un intérêt essentiel d'une autre organisation internationale. Pas plus que dans le cas des États, l'intérêt essentiel d'une autre organisation ne peut être protégé que dans la mesure où il se superpose à celui de l'un ou de plusieurs États ou de la communauté internationale.

46. Pour ce qui est des autres aspects qui n'ont pas été examinés ci-dessus, il n'y a aucune raison de s'écarter du modèle que fournit l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[70]. On proposera donc le libellé suivant:

«*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 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.»

---

[61] Voir *supra* la note 54.

[62] Voir *supra* la note 56.

[63] Voir *supra* la note 54.

[64] Voir *supra* la note 53.

[65] La représentante de Singapour «se demande s'il y a consensus sur ce qui constitue un tel péril pour une organisation internationale» [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 22e séance (A/C.6/59/SR.22), par. 57]. On peut faire observer que ce péril devrait menacer un intérêt essentiel, mais pas nécessairement l'organisation en tant que telle.

[66] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 66 et suiv., en particulier p. 79, par. 25.

[67] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 40, par. 205.

[68] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 28.

[69] Ibid.

[70] Ibid.

### H. Respect de normes impératives

47. Le chapitre V de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[71] contient une clause «sans préjudice» qui renvoie à toutes les circonstances excluant l'illicéité. Elle a pour objet de déclarer qu'un fait qui ne serait pas autrement considéré illicite serait tenu pour tel s'il n'était «pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général[72]». En principe, les normes impératives lient les organisations internationales de la même façon que les États, mais l'application de certaines d'entre elles aux organisations internationales n'est pas sans soulever quelques difficultés.

48. La principale concerne l'interdiction du recours à la force, largement reconnue comme découlant d'une norme impérative. Alors qu'un État peut valablement consentir à telle ou telle intervention d'un autre État[73], le consentement général donné à un autre État pour lui permettre d'intervenir militairement à son gré serait réputé non conforme à la norme impérative. Il est clair qu'il n'y a aucune infraction à cette norme parce que l'Organisation des Nations Unies est habilitée à recourir à la force en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Au contraire, l'attribution à une organisation régionale de certains pouvoirs en matière d'intervention militaire pourrait être considérée comme contrevenant à la norme impérative. Cependant, il est possible de penser différemment dans le cas des organisations régionales habilitées à recourir à la force si ce pouvoir représente un élément d'intégration politique entre ses États membres[74].

49. L'application de la disposition «sans préjudice» concernant les normes impératives aux organisations internationales peut sans doute présenter certaines particularités, mais l'affirmation générale qui figure à l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[75] pourrait être reproduite ici en remplaçant simplement «État» par «organisation internationale».

«*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.»

### I. Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

50. Il serait difficile de contester ce qui est dit à l'alinéa *a* de l'article 27 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui, indubitablement, s'applique aussi aux organisations internationales. Il se lit comme suit:

> 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[76].

Bien que ce soit l'élément du temps qui est mis en avant dans ce texte[77], ce qu'il dit du respect de l'obligation concerne aussi tous les autres aspects de la circonstance dont il s'agit. Il est clair qu'une circonstance ne peut exclure l'illicéité que dans la mesure où elle existe. En fait, la disposition ne laisse aucune question en dehors du «sans préjudice». Elle signifie simplement qu'au-delà de la circonstance pertinente, l'illicéité de l'acte n'est pas affectée.

51. La question de l'indemnisation, qui fait l'objet de l'alinéa *b* de cet article, n'est pas couverte par le «sans préjudice» dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite puisqu'elle n'y est pas prévue. Il serait difficile de fixer une règle générale en matière d'indemnisation des pertes causées par un fait qui serait illicite si telle ou telle circonstance n'était pas intervenue. De toute manière, aucune responsabilité pour fait internationalement illicite ne prendrait naissance. La distinction entre «fait justificatif» et «excuse» n'offre aucun discriminant pour résoudre la question de savoir s'il y a lieu à indemnisation[78]. Par exemple, consentir à un certain acte peut impliquer, ou ne pas impliquer, que l'on renonce à faire valoir une réclamation pour pertes.

52. Comme la situation d'une organisation internationale est identique à celle d'un État dans le champ couvert par l'article 27 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[79], le mieux est sans doute de reproduire cet article dans le projet actuel, encore que l'on puisse améliorer le libellé de l'alinéa *a* en mentionnant d'une manière générale tous les éléments de la circonstance dont il s'agit, et pas seulement sa durée dans le temps. On proposera le texte suivant:

«*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.»

---

[71] Ibid., art. 27.

[72] Ibid., art. 26.

[73] L'idée que «l'intervention consensuelle peut empêcher l'application de l'article 26» du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite a été développée par Abass, «Consent precluding State responsibility: a critical analysis», p. 224.

[74] On peut envisager dans cette optique l'alinéa *h* de l'article 4 de l'Acte constitutif de l'Union africaine qui prévoit que celle-ci a «[l]e droit […] d'intervenir dans un État membre sur décision de la Conférence dans certaines circonstances graves, à savoir: les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité». Une autre raison, s'ajoutant peut-être à la précédente, serait que le pouvoir qu'une organisation a d'intervenir dans de telles circonstances ne serait pas considéré comme interdit par une norme impérative.

[75] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 28.

[76] Ibid.

[77] Cet élément a peut-être été mis en avant parce que la Cour internationale de Justice avait déclaré dans son arrêt en l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* 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. 7 et suiv., en particulier p. 63, par. 101).

[78] La nécessité de faire la distinction entre «fait justificatif» et «excuse» à cette fin a été soutenue par Lowe, loc. cit., p. 410, et Johnstone, loc. cit., p. 354.

[79] Voir *supra* la note 75.

CHAPITRE II

# Responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale

## A. Remarques générales

53. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 1 de la version actuelle du projet d'articles:

> Le présent projet d'articles s'applique aussi à la responsabilité internationale de l'État pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale[80].

Comme l'explique le commentaire de cet article[81], l'inclusion de ce sujet dans le champ d'application du projet d'articles vise à combler une lacune qui avait délibérément été laissée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. L'article 57 de cet instrument disposait que les articles étaient «sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale[82]».

54. Toutes les questions pouvant avoir une incidence sur la responsabilité d'un État à raison du comportement d'une organisation internationale n'ont pas à être examinées dans le présent contexte. Par exemple, les questions relatives à l'attribution du comportement à l'État sont déjà traitées dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il serait manifestement préférable de ne pas les réexaminer ici. Ainsi, si se pose la question de savoir si un certain comportement doit être attribué à un État ou à une organisation internationale ou aux deux, les présents articles n'offriront des 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 indiqueront si le même comportement doit ou non être attribué à l'État.

55. Le précédent que constitue le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'offre pas de chapitre dans lequel s'inscriraient naturellement les questions concernant la responsabilité des États à raison du fait d'une organisation internationale. Dans le présent projet, un nouveau chapitre devra être prévu à cette fin. L'insérer dans la première partie du projet présenterait l'avantage de traiter de ces questions dans la partie qui traite déjà de questions similaires concernant le cas inverse de la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État[83]. Si cette option est retenue, l'intitulé de la première partie – qui est actuellement le suivant: «Le fait internationalement illicite d'une organisation internationale» – devra être modifié en raison de l'inclusion dans cette partie de dispositions concernant la responsabilité des États.

56. La plupart des questions à traiter dans le nouveau chapitre portent sur les cas dans lesquels un État pourrait voir sa responsabilité engagée à raison du fait illicite d'une organisation internationale. Toutefois, il est des cas dans lesquels le fait de l'organisation n'est pas nécessairement illicite. Ce cas de figure se présente également à propos de questions traitées au chapitre IV du présent projet d'articles, dont celle d'un État ou d'une organisation internationale contraignant une autre entité à commettre ce qui, en l'absence de coercition, serait un fait internationalement illicite.

57. S'agissant de l'éventuelle responsabilité des États membres d'une organisation internationale pour le fait illicite de cette dernière, les conclusions qui seront tirées en ce qui concerne les États s'appliqueront probablement aussi aux entités autres que des États qui pourraient être membres de la même organisation. Si les projets d'article adoptés à cet égard devaient couvrir également ces entités, le nouveau chapitre déborderait la question de la responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale. On pourrait alors parler de «membres» au lieu d'«États» dans les dispositions pertinentes; cependant, le présent projet ne peut traiter également la question de la responsabilité d'entités autres que des États ou des organisations internationales. Dans la mesure où les membres d'une organisation internationale autres que des États sont eux-mêmes des organisations internationales, une autre possibilité serait de parler uniquement d'États dans toutes les dispositions du nouveau chapitre et de rédiger des dispositions spécifiques, quoique parallèles, concernant les organisations internationales en tant que membres d'autres organisations internationales. Ces dernières dispositions pourraient alors être insérées au chapitre IV. L'intitulé actuel de ce chapitre, «Responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale[84]», est suffisamment large pour englober lesdites dispositions.

## B. Aide ou assistance, direction et contrôle, et coercition de la part d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite d'une organisation internationale

58. Le chapitre IV de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[85] couvre uniquement les cas dans lesquels des États prêtent à un autre État aide ou assistance dans la commission d'un fait internationalement illicite ou dirigent et contrôlent un autre État dans la commission d'un tel fait, ou encore contraignent un autre État à commettre un fait qui, en l'absence de coercition, serait un fait internationalement illicite. Il serait difficilement justifiable d'exclure que des États puissent agir de la même manière à l'égard d'organisations internationales. Il serait de même difficile de poser comme principe que des règles différentes devraient s'appliquer lorsque, par exemple, d'une part, un État aide un autre État à commettre un fait internationalement illicite, comme l'emploi illicite de la

[80] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 40, par. 205.

[81] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 19, par. 7.

[82] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 31.

[83] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 40 et 41, par. 205.

[84] Ibid.

[85] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

force, et, d'autre part, un État aide une organisation internationale à faire de même[86].

59. On pourrait appliquer, par analogie, au cas de l'assistance prêtée par un État à une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite une règle qui est en substance identique à celle qui a été exposée au chapitre IV sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite en ce qui concerne les relations entre États. Cela vaut également pour les autres cas mentionnés dans ce chapitre. Cependant, il semble préférable d'inclure dans le présent projet certaines règles qui sont spécifiquement conçues pour couvrir le cas dans lequel un État aide une organisation à commettre un fait internationalement illicite et les autres cas envisagés au chapitre IV sur la responsabilité des États. Cette solution, quoique très répétitive, contribuerait à plus de clarté. En outre, si le projet inclut un chapitre consacré à la responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale, il serait étrange que soit passé sous silence le cas d'un État qui prêterait aide ou assistance à une organisation internationale pour commettre un fait internationalement illicite ou qui dirigerait et contrôlerait la commission d'un tel fait par l'organisation internationale. On aurait aussi du mal à comprendre que ne soit pas traité le cas de la coercition exercée par un État sur une organisation.

60. Dans son rapport à l'Assemblée générale en 2005[87], la Commission a soulevé la question de savoir si des dispositions sur l'aide ou l'assistance, la direction et le contrôle, et la coercition de la part d'un État devaient figurer dans le présent projet. La grande majorité des États qui se sont exprimés sur la question à la Sixième Commission ont répondu par l'affirmative[88]. Les quelques États qui n'étaient pas favorables à l'inclusion de dispositions sur ces questions ont accepté l'idée d'une «clause de renvoi» aux dispositions correspondantes sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite[89] ou ont suggéré une clause de sauvegarde et une référence dans le commentaire[90]. Si INTERPOL a estimé que le présent projet n'était «pas le lieu» pour traiter du cas d'un État qui «aide ou assiste une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite, ou […] lui donne des directives ou exerce un contrôle sur elle dans la commission d'un tel fait[91]» et la Commission européenne que «les règles en vigueur concernant la responsabilité de l'État peuvent très bien s'appliquer par analogie lorsqu'un État n'aide ou n'assiste pas un autre État mais une organisation internationale à commettre un fait internationalement illicite[92]», l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques et l'Organisation mondiale de la Santé se sont montrées favorables à l'inclusion de dispositions parallèles à celles figurant dans les articles sur la responsabilité des États[93].

61. Des critiques de nature générale ont été exprimées concernant les articles 16 à 18 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les dispositions parallèles du présent projet qui traitent de l'aide ou de l'assistance, de la direction et du contrôle et de la coercition de la part d'une organisation internationale[94]. Sans chercher à apprécier cette critique sur le fond, la nécessité de la cohérence à la fois avec les articles sur la responsabilité des États et avec ceux déjà inclus dans le présent projet dicte, au stade actuel, de ne modifier le libellé des articles types que dans la mesure où cela est nécessaire pour identifier les cas que le projet d'articles proposé est censé couvrir.

62. L'État qui prête son aide ou son assistance à une organisation internationale ou qui dirige et contrôle ou encore contraint une telle organisation peut être ou ne pas être un État membre. S'il s'agit d'un État membre, le comportement visé ne pourrait pas consister simplement à participer au processus de prise de décisions de l'organisation conformément aux règles pertinentes de celle-ci. L'influence pouvant être qualifiée d'aide ou assistance, de direction et contrôle, ou de coercition doit être exercée par l'État en tant qu'entité juridique distincte de l'organisation. Cela ne veut pas dire qu'en agissant au sein d'un

---

[86] Plusieurs auteurs ont indiqué, parfois implicitement, que des règles similaires devraient s'appliquer aux relations entre un État et un autre État et aux relations entre un État et une organisation internationale. Amrallah, «The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peace-keeping forces», p. 69, a déclaré que «l'État hôte peut supporter une responsabilité internationale – en sus de la responsabilité de l'ONU – pour les faits illicites de la force de l'ONU s'il se rend complice du fait illicite susmentionné, c'est-à-dire s'il se fait l'instigateur de sa commission ou s'il facilite celle-ci». Klein, op. cit., p. 468 et 469, a évoqué le cas d'un État qui mettrait son propre territoire à la disposition d'une organisation internationale afin de permettre à celle-ci de commettre une violation d'une obligation internationale. Sands et Klein, op. cit., p. 524, et Sarooshi, op. cit., p. 63 et 104, ont examiné le cas d'un État qui prêterait aide ou assistance à une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite. Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, p. 171, a mentionné le cas dans lequel «un seul membre en fait contrôle complètement, ou presque complètement, les activités de l'organisation».

[87] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 13, par. 26.

[88] Déclarations de la Chine [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 52], de l'Autriche (ibid., par. 64), de la République de Corée (ibid., par. 86), de l'Italie [ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 4], du Bélarus (ibid., par. 49 et 50), de la Fédération de Russie (ibid., par. 71), de la Roumanie (ibid., par. 77), de la Hongrie [ibid., 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 8], du Danemark, au nom des pays nordiques (ibid., par. 20), de la Jamahiriya arabe libyenne [ibid., 19e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 11] et de l'Algérie [ibid., 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 60].

[89] L'Espagne a déclaré qu'«[i]l suffirait peut-être d'y [dans le projet d'articles] insérer une clause de renvoi garantissant l'application, *mutatis mutandis*, des règles déjà posées dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite» [ibid., 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 53].

[90] D'après la déclaration faite par la France, «[u]ne clause de sauvegarde assortie d'un commentaire suffirait sans doute» [ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 80]. Israël a estimé qu'«il serait peut-être bon de les évoquer dans le commentaire» [ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 57].

[91] Voir document A/CN.4/568 et Add.1, sect. L (reproduit dans le présent volume).

[92] Ibid. Lettre adressée le 3 février 2006 au Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies par le Directeur général du Service juridique de la Commission européenne.

[93] Ibid., lettres du 30 janvier 2006 du Conseiller juridique de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques et du 21 février 2006 du Conseiller juridique de l'Organisation mondiale de la Santé, adressées au Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies.

[94] Déclaration d'Israël [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 16e séance (A/C.6/60/SR.16) par. 55 et 56]. La critique portait sur l'opportunité de «limiter la responsabilité de l'État en cas d'aide ou d'assistance aux seuls cas où l'acte serait internationalement illicite s'il était le fait de cet État».

organe d'une organisation internationale, un État ne peut commettre un fait internationalement illicite ni qu'à raison de son comportement en tant que membre, un État ne pourrait encourir une responsabilité pour un fait internationalement illicite de l'organisation. Cette dernière question sera examinée plus loin dans le présent rapport[95].

63. Étant donné qu'en ce qui concerne l'aide ou l'assistance, la direction et le contrôle, et la coercition, il n'y a aucune raison d'établir une distinction entre les relations entre un État et une organisation internationale, d'une part, et les relations entre États, d'autre part, les articles à élaborer devraient suivre de près le texte des articles 16 à 18 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Les intitulés devront être légèrement modifiés afin de les distinguer de ceux qui ont été utilisés aux articles 12 à 14 du présent projet[96]. L'article 19 sur la responsabilité des États comporte une clause de sauvegarde[97] qu'il n'est pas nécessaire de reprendre dans le présent contexte. Le Rapporteur spécial propose les textes ci-après:

«*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.»

«*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.»

«*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*) 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.»

## C. Utilisation par un État qui est membre d'une organisation internationale de la personnalité distincte de cette organisation

64. L'article 15 du présent projet vise le cas dans lequel une organisation internationale prend une décision imposant à ses membres de commettre un fait qui lui permet de se soustraire à l'une de ses obligations internationales, ou leur recommande ou les autorise à commettre un tel fait[98]. Dans ce cas de figure, l'organisation s'abstient d'agir directement. Elle n'enfreint apparemment aucune de ses obligations, mais parvient au même résultat en profitant de la personnalité juridique distincte de ses membres pour éviter de se soumettre à l'obligation. Si l'article 15 a donné lieu à des commentaires variés à la Sixième Commission[99], la plupart, sinon tous, ne remettaient pas en cause l'hypothèse de base qui veut qu'une organisation internationale puisse encourir une responsabilité internationale à raison de ce qu'elle fait faire à ses États membres.

65. À la Sixième Commission, la délégation irlandaise a noté que l'article 15 «ne couvre pas la situation dans laquelle le fait de l'État membre n'aurait pas engagé la responsabilité internationale de l'organisation internationale s'il avait été commis par celle-ci[100]». La délégation suisse a ajouté qu'«on ne saurait permettre aux États de se retrancher derrière le comportement d'une organisation internationale[101]». Même si le chapitre IV du projet n'était pas le lieu pour examiner le problème sous l'angle de la responsabilité des États membres, il est tout à fait raisonnable d'envisager également dans le projet la situation inverse dans laquelle un État pourrait encourir une responsabilité internationale parce qu'afin d'éviter de se soumettre à l'une de ses obligations internationales, il exige d'une organisation internationale qu'elle agisse à sa place. Dans ce dernier cas, l'entité qui utilise la personnalité juridique distincte d'une autre entité est un État.

66. Le cas de figure envisagé à l'article 15 et le cas de figure inverse examiné ici revêtent une importance pratique lorsque l'entité à qui il est demandé d'agir pourrait le faire sans violer l'une de ses obligations internationales et son comportement serait donc licite. À titre d'exemple,

---

[95] Sect. D *infra*.

[96] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 41, par. 205.

[97] L'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite est ainsi rédigé: «Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu d'autres dispositions des présents articles, de l'État qui commet le fait en question ou de tout autre État» [*Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27].

[98] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 41, par. 205.

[99] Déclarations de l'Irlande [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 33 à 37], de la Chine (ibid., par. 51), de l'Autriche (ibid., par. 61 et 62), de la France (ibid., par. 79), du Japon [ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 7], des Pays-Bas (ibid., par 15 à 18), des États-Unis (ibid., par. 26 à 28), du Portugal (ibid., par. 35), du Bélarus (ibid., par. 50), de la Fédération de Russie (ibid., par. 68 et 69), du Guatemala (ibid., par. 105), de la Hongrie [ibid., 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 7], du Danemark, au nom des pays nordiques (ibid., par. 19), de la Grèce (ibid., par. 26 à 28), de l'Allemagne (ibid., par. 34), de la Suisse (ibid., par. 45), de l'Espagne (ibid., par. 52), de la Pologne (ibid., par. 59) et de l'Inde [ibid., 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 60]. Des observations sur cette question ont également été faites par l'observateur de la Commission européenne [ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 13 et 14].

[100] Ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 33.

[101] Ibid., 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 45.

on peut citer le cas d'un État qui serait partie à un traité interdisant la mise au point de certaines armes et qui indirectement acquerrait le contrôle de ces armes en se servant d'une organisation internationale qui n'est pas liée par le traité.

67. Le rôle qui pourrait revenir à un État membre au sein des organes d'une organisation internationale ne justifierait pas l'attribution à cet État d'une responsabilité à raison du comportement de l'organisation: cela reviendrait à nier la personnalité juridique distincte de l'organisation. À supposer que l'obligation couvre également un comportement pouvant être adopté par l'État en tant que membre d'une organisation internationale, l'éventuelle responsabilité de l'État dans ce contexte naîtrait de la violation d'une obligation internationale du fait de son propre comportement, et non pas à raison du comportement de l'organisation. À titre d'exemple, l'on peut prendre l'obligation de ne pas acquérir des armes nucléaires que le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires impose aux États non nucléaires. Ce type d'obligation semblerait inclure l'interdiction pour un État partie au Traité de contribuer à l'acquisition d'armes nucléaires par une organisation internationale dont cet État est membre; si, en revanche, l'obligation imposée par un traité est considérée comme ne couvrant pas le comportement adopté par les États parties en tant que membres d'une organisation, le comportement d'un État au sein de l'organisation n'entraînerait pas pour l'État une telle responsabilité. La responsabilité d'un État partie au traité ne pourrait être engagée que s'il était tenu responsable d'avoir obtenu, par l'entremise de l'organisation, un résultat interdit par le traité.

68. Si le cas de figure envisagé à l'article 15 et le cas de figure inverse examiné ici présentent certaines similitudes, il serait difficile d'accorder du poids aux facteurs considérés comme pertinents à l'article 15 pour trancher la question de la responsabilité internationale d'un État pour le comportement d'une organisation internationale. Par exemple, il n'est pas inconcevable, mais il est peu probable, qu'un État soit autorisé à prendre une décision contraignante pour une organisation ou même à influer sur le comportement d'une organisation en faisant une recommandation. Le cas de figure le plus probable susceptible d'être pertinent ici est qu'un État acquière certaines obligations internationales concernant certaines de ses fonctions puis transfère ces fonctions à une organisation internationale. Pour en revenir à l'exemple de la non-prolifération des armes nucléaires, les États qui sont liés par le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires pourraient être tenus responsables s'ils créaient une organisation internationale qui acquerrait ou mettrait au point des armes nucléaires.

69. La Cour européenne des droits de l'homme a examiné, dans certains arrêts, la question de savoir si des États membres d'une organisation internationale avaient engagé leur responsabilité à raison de la violation d'une obligation imposée par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) lorsqu'ils avaient transféré certaines fonctions souveraines à cette organisation. Dans *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 des questions concernant l'emploi. La Cour a dit:

> [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 au but 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[102].

La Cour a néanmoins conclu que même si l'accès aux tribunaux allemands était barré par l'immunité accordée à l'organisation en question, eu égard «aux autres voies de droit qui s'offraient aux requérants» il n'avait pas été «porté atteinte à la substance même de leur "droit à un tribunal"» consacré par la Convention[103].

70. Dans l'affaire *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, la Cour européenne des droits de l'homme a adopté une approche analogue, mais a donné au critère de l'équivalence une portée plus générale. La requête visait une mesure qui avait été prise par un État pour s'acquitter d'une obligation découlant d'un règlement de la Communauté européenne. La Cour a réaffirmé qu'un État ne pouvait se libérer de ses obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme 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 d'activité concerné: 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 de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention[104].

La Cour a statué que ce qui était exigé des États parties à la Convention était que «l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention[105]». Si, comme en l'espèce, une protection équivalente était accordée, l'État n'encourait aucune responsabilité.

71. Il convient de noter que la Commission des Communautés européennes avait adopté la même position devant la Cour européenne des droits de l'homme en disant, dans ses observations écrites sur l'affaire *Senator Lines GmbH c. quinze États membres de l'Union européenne*:

---

[102] *Waite et Kennedy c. Allemagne*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 février 1999, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-I, p. 446 et 447, par. 67. L'arrêt rendu le même jour dans l'affaire *Beer et Regan c. Allemagne* comporte un passage analogue, par. 57. L'idée est reprise de façon plus succincte dans l'arrêt rendu également le même jour dans l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-I, p. 320, par. 32. Le passage cité dans le texte reflète l'avis que la Commission européenne des droits de l'homme avait exprimé dans sa décision du 9 février 1990 concernant l'affaire *M. & Co. c. République fédérale d'Allemagne*, *Décisions et rapports*, vol. 64, p. 153.

[103] *Waite et Kennedy c. Allemagne*, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-I, p. 448, par. 73.

[104] Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 30 juin 2005, *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-VI, p. 227, par. 154.

[105] Ibid., p. 227, par. 155.

S'il est sans doute vrai en principe que les signataires de la Convention ne peuvent se soustraire à leurs obligations en transférant des pouvoirs à des organisations internationales indépendantes, il ne s'ensuit pas qu'ils peuvent être tenus responsables des actes de ces organisations dans des cas particuliers. Pour s'acquitter de leurs obligations au regard de la Convention, il suffit qu'ils assurent la mise en place d'un niveau équivalent de protection des droits fondamentaux au sein de l'organisation en question[106].

72. Une doctrine abondante préconise la responsabilité des États membres lorsqu'ils «utilisent abusivement la personnalité distincte afin de commettre des actes illégaux, ou afin de se soustraire à leurs obligations juridiques[107]». Comme l'a dit un auteur, «les États devraient être empêchés de créer un artifice dans l'intention d'éviter des conséquences qu'ils auraient à supporter s'ils exerçaient individuellement l'activité qu'ils ont déléguée à l'organisation internationale[108]». L'accent est mis sur le cas d'États établissant une organisation internationale et lui confiant des fonctions à propos desquelles ils sont tenus par des obligations au regard du droit international alors que l'organisation ne l'est pas[109]. Comme les cas visés dans les paragraphes précédents concernaient des affaires dans lesquelles des fonctions avaient été transférées par des États à une organisation internationale dans le but de se soustraire à leurs obligations internationales, il semble préférable de rédiger un projet d'article qui soit axé sur ce cas. Cette option n'empêcherait pas que d'autres cas soient traités de la même manière par le biais du recours à l'analogie.

73. Dans le projet d'article 15, le verbe «soustraire» est utilisé pour décrire le cas dans lequel une organisation internationale encourt une responsabilité pour avoir évité de respecter l'une de ses obligations internationales en adoptant «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[110]». Le terme «soustraction» a été critiqué à la Sixième Commission[111], essentiellement parce qu'il semblait peu clair, bien que le commentaire ait tenté de l'expliquer en indiquant en particulier que «[l]'existence d'une intention délibérée de se soustraire à une obligation de la part de l'organisation internationale n'[était] pas nécessaire[112]». Compte tenu de cette critique, il serait préférable d'utiliser une formule différente dans le présent contexte. Un changement de terminologie ne soulève aucun problème de cohérence par rapport à l'article 15 car, comme on l'a noté plus haut, les cas dans lesquels une organisation internationale verrait sa responsabilité engagée conformément à cet article diffèrent de ceux qui présentent un intérêt pour le projet d'article à l'examen.

74. Si les membres d'une organisation internationale susceptibles d'engager leur responsabilité peuvent être des entités autres que des États, pour les raisons exposées au paragraphe 57 ci-dessus, le projet d'article proposé ici parle uniquement des États. Dans la pratique comme dans la doctrine, il est exigé que le fait qui implique le manquement à une obligation internationale se produise effectivement. Même si, comme on l'a noté plus haut, la pertinence pratique de ce cas de figure dépend de ce que l'organisation internationale n'est pas liée par l'obligation, cela n'est certainement pas une condition indispensable, et il serait sans doute préférable de le dire, comme cela a été fait au paragraphe 3 de l'article 15. L'intitulé suggéré est aligné sur le style de ceux des projets d'article précédents du même chapitre. Le texte ci-après est donc suggéré:

«*Article 28. 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

«*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.»

## D. Question de la responsabilité des membres d'une organisation internationale en cas de responsabilité de cette dernière

75. La question de la responsabilité des États à raison d'un fait internationalement illicite commis par une organisation internationale dont ils sont membres s'est

[106] Observations datées du 1er mars 2001, JURM (2000) 4030, par. 25. La Cour n'a pas abordé la question dans l'arrêt qu'elle a rendu dans cette affaire.

[107] Hirsch, op. cit., p. 195.

[108] Zemanek, «Les conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers: réponses et observations des membres de la Commission», p. 329.

[109] Münch, *Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 269, estimait que la responsabilité des États membres d'une organisation internationale était engagée lorsque ceux-ci se soustrayaient à leurs obligations en utilisant la personnalité morale distincte de celle-ci. Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law*, p. 121, a soutenu ceci: «Tout comme un État ne peut se soustraire à sa responsabilité au regard du droit international en confiant à une autre personne morale le soin de remplir ses obligations internationales, les États associés dans une entreprise interétatique commune sont solidairement responsables au regard du droit international des actes de l'entreprise.» Un point de vue analogue a été exprimé en ce qui concerne les relations entre les États membres et les organisations internationales par Di Blase, «Sulla responsabilità internazionale per attività dell'ONU», p. 271 à 276, Sands et Klein, op. cit., p. 524 et Sarooshi, op. cit., p. 64. Après avoir examiné le dictum de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Waite et Kennedy c. Allemagne* mentionnée ci-dessus (par. 69), Brownlie, dans «The responsibility of States for the acts of international organizations», p. 361, a noté que «si le contexte est celui des droits de l'homme, le principe invoqué semblerait être d'application générale».

[110] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 41, par. 205. La citation est extraite du paragraphe 1; le même verbe «soustraire» est utilisé au paragraphe 2, qui vise le cas dans lequel une organisation internationale autorise un membre à «commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par elle» ou le lui recommande.

[111] Voir les interventions de l'observateur de la Commission européenne [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 13 et 14], des Pays-Bas (ibid., par. 15 à 18), des États-Unis (ibid., par. 26 à 28), du Guatemala (ibid., par. 105), de la Hongrie [ibid., 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 7] et de la Grèce (ibid., par. 26 à 28).

[112] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 47, par. 206, par. 4 du commentaire relatif à l'article 15.

posée dans deux affaires qui ont toutes deux fait l'objet de décisions de tribunaux nationaux et dont une a donné lieu à des sentences arbitrales. Bien qu'elle n'ait pas été au cœur de ces affaires, la question de la responsabilité des États membres au regard du droit international a suscité plusieurs remarques et certaines considérations générales ont été formulées dans ces décisions qui présentent aussi un intérêt pour le problème de la responsabilité internationale.

76. La première de ces affaires trouve son origine dans une demande d'arbitrage présentée par la société Westland Helicopters Ltd. contre l'Arab Organization for Industrialization (AOI) et ses quatre États membres (à savoir l'Arabie saoudite, l'Égypte, les Émirats arabes unis et le Qatar) en vertu de la clause compromissoire qui figurait dans le contrat qu'elle avait signé avec cette organisation. Le tribunal arbitral a abordé dans sa sentence provisoire la question de sa propre compétence et celle de la responsabilité des quatre États membres à raison des actes de l'organisation. Cette sentence mérite d'être assez longuement citée car elle allait dans le sens de la responsabilité des États membres. Les principaux arguments qu'elle avançait à cet égard étaient les suivants:

> Une conception répandue, remontant d'ailleurs au droit romain («*Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent*», Dig. 3, 4, 7, 1), exclut une obligation cumulative d'une personne morale et des personnes qui la composent, ces dernières étant exclues de tous les rapports juridiques de la personne morale. Cette conception qu'on pourrait qualifier de «stricte» ne peut quand même pas être appliquée en l'espèce. […] [L]a qualification d'un organisme de «personne morale» et l'attribution d'une existence indépendante ne permettent pas de conclure si les personnes qui le composent sont liées ou non par les engagements pris par celui-ci[113].
>
> Faute par les quatre États d'avoir exclu formellement leur responsabilité, les tiers qui ont contracté avec l'AOI pouvaient légitimement compter sur la mise en jeu de celle-ci. Cette règle découle des principes généraux de droit et de la bonne foi[114].
>
> [L]es quatre États, en formant l'AOI, n'avaient pas l'intention de disparaître totalement derrière celle-ci, mais d'y participer en qualité de «membres responsables»[115].
>
> [O]n doit admettre qu'en réalité, dans les circonstances de l'espèce, l'AOI s'identifie avec ces États. En effet, le Traité a prévu, en même temps que la création de l'AOI, celle du Comité supérieur (le Comité supérieur mixte ministériel) composé des ministres compétents des quatre États, chargé non seulement d'approuver le statut de base et de mettre en place un Bureau provisoire de directeurs mais encore de diriger la politique générale de l'AOI, et l'article 23 le qualifie «d'autorité suprême». On ne saurait mieux caractériser cette identification des États avec l'AOI, alors surtout que l'article 56 du Statut précise qu'en cas de désaccord au sein du Comité, il doit en être référé aux rois, princes et présidents des États[116].

Après s'être référé aux circonstances dans lesquelles l'accord entre l'AOI et la société a été signé et avoir noté que les États membres «ne pouvaient pas ignorer les conséquences de leurs actes[117]», le tribunal arbitral a conclu ce qui suit:

> S'il est vrai que les quatre États sont liés par les obligations contractées par l'AOI, ceux-ci sont également liés par la clause compromissoire conclue par l'Organisation, les obligations sur le plan du droit matériel ne pouvant être dissociées des obligations sur le plan procédural[118].

Le tribunal s'est brièvement référé au droit international lorsqu'il a fait valoir certaines «considérations d'équité»:

> L'équité, comme les principes du droit international, permet d'ailleurs de lever le voile de la personnalité morale, pour protéger les tiers contre l'abus qui en serait fait à leur détriment (Cour internationale de Justice, arrêt du 5 février 1970, affaire *Barcelona Traction*)[119].

77. La sentence arbitrale a été annulée par la Cour de justice de Genève à la demande de l'Égypte et en ce qui concerne ce seul État[120]. En concluant que c'était à tort que le tribunal arbitral s'était déclaré compétent, la Cour n'a pas souscrit à la conclusion du tribunal, selon laquelle

> l'AOI serait en quelque sorte une société en nom collectif derrière laquelle les quatre États n'avaient pas l'intention de disparaître mais acceptaient de participer en qualité de «membres responsables»: on ne voit pas pour quel motif juridique le Tribunal arbitral, qui admet que l'AOI est une entité juridique relevant du droit international public, l'assimile ensuite à une société de droit privé reconnue par les législations nationales et soumise aux règles de ces législations[121].

C'est en vain que Westland Helicopters Ltd. a fait appel de ce jugement devant le Tribunal fédéral suisse, lequel a confirmé que la clause compromissoire ne liait pas l'Égypte et a déclaré:

> Le rôle prédominant joué par ces États [membres] et le fait que l'autorité supérieure de l'AOI est un Haut Comité composé de ministres ne sauraient infirmer l'indépendance et la personnalité de l'organisme, ni conduire à admettre que lorsque les organes de l'AOI traitent avec des tiers, ils lieraient par là même les États fondateurs.
>
> […] Le caractère d'organisme de droit international public de l'AOI n'est pas un facteur d'atténuation de son indépendance par rapport aux États fondateurs[122].

78. Un autre tribunal arbitral a examiné la question de la responsabilité de l'AOI et des trois États membres qui n'avaient pas contesté la sentence provisoire. Il a estimé ceci:

> La responsabilité des États dans chaque cas ne peut être appréciée que sur la base des actes liés à la création de l'organisation commune tels qu'ils peuvent être déduits également du comportement des États fondateurs[123].

Le tribunal a conclu que les États membres n'avaient pas eu l'intention de se dégager de leur responsabilité et que les circonstances particulières de cette affaire «incitaient les tiers contractant avec l'Organisation à se fier à la capacité de celle-ci à tenir ses engagements du fait du soutien

---

[113] *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization*, sentence provisoire du 5 avril 1984, Chambre de commerce internationale, Cour d'arbitrage, *International Law Reports*, vol. 80 (1989), p. 612.

[114] Ibid., p. 613.

[115] Ibid., p. 614.

[116] Ibid., p. 614 et 615.

[117] Ibid., p. 615.

[118] Ibid.

[119] Ibid., p. 616.

[120] Ibid., jugement du 23 octobre 1987, p. 622.

[121] Ibid., p. 643.

[122] Ibid., jugement du 19 juillet 1988, p. 658. Les jugements de la Cour de justice de Genève et du Tribunal fédéral suisse dans leur original français se trouvent respectivement aux pages 515 et 525 du volume nº 3 (juillet-septembre 1989) de la *Revue de l'arbitrage*.

[123] Par. 56 de la sentence du 21 juillet 1991, cité par Higgins dans «The legal consequences for member States of the non-fulfilment by international organizations of their obligations toward third parties: provisional report», p. 393.

constant des États membres[124]». Il semble toutefois que la sentence finale n'ait été prononcée que contre l'AOI[125].

79. La deuxième affaire qui a suscité un débat approfondi sur la responsabilité des États membres tire son origine de l'inexécution par le Conseil international de l'étain des obligations qu'il avait assumées aux termes de plusieurs contrats. Dans l'un des procès intentés devant la Haute Cour d'Angleterre, les plaignants ont assigné en justice le Département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, 22 États et la Communauté économique européenne (CEE)[126]. Après s'être référé à la sentence arbitrale provisoire mentionnée plus haut et à un règlement de la CEE, le juge Staughton a déclaré ce qui suit:

> Il existe donc des précédents sur lesquels on peut se fonder pour conclure qu'aussi bien dans le droit interne de certains pays que dans le droit international public, le fait qu'une association soit une personne morale n'exclut pas la possibilité que ses membres soient tenus pour responsables de ses obligations auprès de ses créanciers[127].

Il a néanmoins ajouté ce qui suit:

> Ceci dit, je ne me prononcerai pas sur la question de savoir si la personnalité juridique d'une association est ou n'est pas incompatible en droit international avec la responsabilité des membres pour les obligations contractées par celle-ci auprès de tiers[128].

Il a conclu toutefois qu'au regard du droit britannique, les membres n'étaient pas responsables. L'un de ses arguments était le suivant:

> Il me semble que le Parlement […] est d'avis qu'au regard du droit international, la personnalité juridique ne signifie pas nécessairement que les membres d'une organisation ne sont pas responsables de ces obligations[129].

Dans un procès parallèle intenté devant la Haute Cour, le juge Millett a adopté le même point de vue et estimé que «si les États membres devaient être critiqués, ce n'était pas tant pour leur refus de payer directement les créanciers que pour leur refus de donner au Conseil international de l'étain les fonds nécessaires pour s'acquitter des obligations qu'ils l'avaient laissé contracter[130]».

80. Les deux arrêts rendus par la Haute Cour ont fait l'objet de recours qui ont donné lieu à une décision commune. Dans l'opinion majoritaire de la Cour d'appel, le juge Kerr a noté que les problèmes de droit soulevés en l'espèce exigeraient une «analyse sur le plan du droit international public et une étude des rapports entre le droit international et le droit interne» de l'Angleterre[131]. Sur le premier point, il a dit:

> Le point de vue prépondérant des rares internationalistes aux écrits desquels nous nous sommes référés, faute d'en connaître d'autres, semble être qu'en droit international, les organisations doivent être considérées comme des entités mixtes plutôt que comme des personnes morales. Mais leur avis, même éclairé, ne se fonde que sur leurs observations personnelles, lesquelles sont souvent exprimées avec un degré d'incertitude fort compréhensible. À l'heure actuelle, il n'y a à l'évidence pas de jurisprudence établie sur ces aspects des organisations internationales.
>
> […] On ne dispose d'aucune autre source à partir de laquelle on pourrait définir avec certitude la position à adopter au regard du droit international[132].

Lord Kerr a estimé ceci:

> [I]l se peut que si une association internationale venait à manquer à une obligation envers un État ou une association d'États ou une autre organisation internationale, le régime de la responsabilité secondaire de ses membres s'appliquerait du point de vue du droit international. Mais cela ne veut pas dire pour autant qu'on peut s'attendre à ce que les membres assument les mêmes obligations dans le cadre des systèmes de droit nationaux[133].

Cela dit, la conclusion de Lord Kerr ne se fonde pas uniquement sur le droit national. Il exprime aussi le point de vue suivant:

> En résumé, je ne vois pas comment on pourrait 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[134].

81. Lord Ralph Gibson partageait ce point de vue. Il a fait observer ce qui suit:

> Lorsque le contrat a été conclu par une organisation en tant que personnalité juridique distincte, alors, de mon point de vue, le droit international ne saurait imposer une telle obligation aux membres du seul fait de leur qualité de membre, sauf si des dispositions à cette fin ont été dûment incluses dans l'acte constitutif de l'organisation par le biais d'une référence expresse ou implicite au fait que les membres assument directement une responsabilité subsidiaire[135].

Il a également noté ceci:

> Rien ne prouve l'existence d'une quelconque pratique des États concernant la reconnaissance ou l'acceptation d'une responsabilité directe de tout État à raison de l'absence de clause d'exclusion[136].

Le juge dissident, Lord Nourse, a donné une importance décisive à l'attitude des États membres alors même qu'il était parti de la présomption inverse. Il a déclaré:

> [I]l ressort clairement des vues des juristes et de l'arrêt du tribunal dans l'affaire *Westland* que les États fondateurs d'une organisation internationale peuvent, dans l'acte constitutif de cette organisation, exclure ou limiter, et pourquoi pas aussi admettre, leur responsabilité pour ses obligations; et qu'une telle disposition est déterminante au regard du droit international. C'est donc l'intention des États fondateurs qui prime […] et nous devons tenir compte de l'importance que Shihata, tout comme le tribunal dans l'affaire *Westland*, a voulu accorder à la mesure dans laquelle l'intention des États était connue des tiers contractant avec le Conseil international de l'étain[137].

---

[124] Ibid., p. 393 et 394.

[125] Le texte de la sentence finale, rendue le 28 juin 1993, n'a pas été publié. La sentence est mentionnée dans le jugement de la Haute Cour (Angleterre) du 3 août 1994, *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization*, *International Law Reports*, vol. 108 (1998), p. 567.

[126] *J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry and Others* (24 juin 1987), *International Law Reports*, vol. 77 (1988), p. 55.

[127] Ibid., p. 76.

[128] Ibid., p. 77. Citations semblables aux pages 79 et 80.

[129] Ibid. p. 88.

[130] *Maclaine Watson & Co. Ltd. v. Department of Trade and Industry*, jugement du 29 juillet 1987, *International Law Reports*, vol. 80 (1989), p. 47.

[131] Ibid. et *J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry and Others, and Related Appeals*, jugement du 27 avril 1988, ibid., p. 57.

[132] Ibid., p. 108.

[133] Ibid., p. 109.

[134] Ibid.

[135] Ibid., p. 172.

[136] Ibid., p. 174.

[137] Ibid., p. 141.

Le juge Nourse a conclu que «l'intention des États parties au sixième Accord international sur l'étain était que les membres du Conseil international de l'étain devaient être responsables de ses obligations[138]» et a dit ce qui suit:

> [L]e Conseil international de l'étain a sa propre personnalité au regard du droit international mais ses membres n'en sont pas moins conjointement, solidairement et directement responsables sans aucune limite des dettes au titre de ses contrats d'achat d'étain et de ses emprunts en Angleterre, au cas et dans la mesure où le Conseil international de l'étain ne s'en acquitte pas lui-même[139].

82. La conclusion qui se dégageait des opinions majoritaires de la Cour d'appel a été confirmée à l'unanimité par la Chambre des lords. Lord Templeman a rejeté l'idée selon laquelle la responsabilité des États membres découlerait d'un principe de droit général notant qu'«aucune autorité n'a été citée à l'appui de ce prétendu principe général[140]». Quant à la prétendue 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», le juge Templeman a estimé qu'«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[141]». Le juge a avancé un autre argument à savoir que

> s'il existait une règle de droit international qui impliquait dans un traité ou imposait aux États souverains qui en étaient signataires l'obligation (en l'absence de disposition de ce traité excluant clairement une telle possibilité) de s'acquitter des créances de l'organisation internationale créée par ce traité, cette règle de droit international ne pourrait être appliquée qu'en droit international[142].

Le juge Oliver of Aylmerton n'était pas non plus convaincu de l'existence d'une règle de droit international imposant une responsabilité aussi bien «primaire que secondaire» aux membres d'une organisation internationale. Il a déclaré ce qui suit:

> Une règle de droit international ne devient une règle – acceptée ou non par le droit national – que lorsqu'elle est assurée et généralement reconnue par l'ensemble des nations civilisées; et il appartient à ceux qui en affirment l'existence de la prouver, si nécessaire devant la Cour internationale de Justice. Il n'appartient certainement pas à un tribunal national de faire naître une règle à l'usage du droit national sur la base d'éléments tout à fait indéterminés[143].

83. La question de la responsabilité des États membres a été évoquée indirectement par le Gouvernement canadien dans sa demande d'indemnisation pour les dommages occasionnés à un hélicoptère lui appartenant qui s'était écrasé dans le Sinaï en 1989 à l'occasion d'une opération d'une organisation créée par l'Égypte et Israël, la Force multinationale d'observateurs (FMO). Dans des lettres échangées par le Canada et la FMO, les 4 et 9 novembre 1999, il était dit ceci:

> Le Gouvernement canadien accepte le paiement de 3 650 000 dollars des États-Unis à titre de dédommagement intégral et final et sera de ce fait réputé avoir inconditionnellement libéré et dégagé la FMO (et à travers elle l'État d'Israël et la République arabe d'Égypte) de toute responsabilité et obligation que la FMO pourrait avoir eu égard à ces réclamations[144].

Ce passage semble aller dans le sens de l'avis selon lequel une plainte déposée contre les deux États membres aurait pu être préférable.

84. Certaines observations sur la question de la responsabilité des États membres ont été communiquées par les États dans le cadre de l'étude en cours de la Commission. Dans ce contexte, 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 CIJ [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'ONU[145].

85. Dans son rapport sur les travaux de sa cinquante-septième session, la CDI a demandé que lui soient communiquées des observations sur la question de savoir s'il y a «des cas où un État pourrait être tenu responsable du fait internationalement illicite d'une organisation internationale dont il est membre[146]». Seules quelques déclarations ont été faites à ce sujet devant la Sixième Commission. Deux d'entre elles suggéraient que la question ne devait pas être abordée dans les projets d'article en cours d'élaboration[147], tandis que d'autres exprimaient un avis différent[148] et proposaient toutes sortes de solutions. La délégation de la Chine a fait observer que, comme les décisions et les actes d'une organisation internationale étaient, d'une manière générale, sous le contrôle des États membres ou subordonnés à leur appui, les États membres qui avaient voté en faveur de la décision en question ou qui ont appliqué la décision, la recommandation ou l'autorisation en cause devraient voir leur responsabilité internationale engagée en conséquence[149]. Une autre délégation était d'avis qu'en principe les États membres n'étaient pas responsables mais que leur responsabilité

---

[138] Ibid., p. 145.

[139] Ibid., p. 147.

[140] *Australia & New Zealand Banking Group Ltd. et al. v. Australia et al.*, jugement du 26 octobre 1989, *International Legal Materials*, vol. XXIX, n° 3 (mai 1990), p. 674.

[141] Ibid., p. 675.

[142] Ibid.

[143] Ibid., p. 706. Quelques mois plus tard, l'avocat général, M. Darmon, a soutenu dans son opinion relative à l'affaire *Maclaine Watson & Company Ltd. c. Conseil et Commission des Communautés européennes* (affaire C-241/87), devant la Cour de justice des Communautés européennes, que les États membres ne pouvaient pas être tenus responsables du fait de leur participation au processus de prise des décisions internes de l'organisation, *Recueil de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance*, 1990-5, p. I-1822, par. 144. Un accord est intervenu avant que la Cour puisse statuer en l'espèce.

[144] Une formulation similaire a été retenue dans un échange de lettres datées du 3 mai 1990 entre le Directeur général de la FMO et l'ambassadeur des États-Unis en Italie pour une plainte concernant un accident d'avion. Pour plus d'informations, voir *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/545, sect. I.3, p. 36 et 37, et annexe correspondante p. 42.

[145] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. O.3, p. 63.

[146] Ibid., vol. II (2e partie), p. 13, par. 26 *b*.

[147] Déclarations du Maroc [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 43] et de l'Argentine [12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 80].

[148] La déclaration de la Sierra Leone [ibid., 17e séance (A/C.6/60/SR.17), par. 11] mettait l'accent sur la «grande importance» de la question.

[149] Ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 53.

pouvait être engagée dans «certaines circonstances exceptionnelles[150]», ou «lorsqu'ils ont été négligents dans leur supervision des organisations concernées[151]» ou «surtout lorsqu'il s'agit d'organisations internationales qui ont peu de ressources et de membres et où chacun d'entre eux a d'autant plus d'influence sur leurs activités[152]». Une autre délégation a estimé qu'il pourrait être indiqué de tenir compte de «différents facteurs[153]».

86. Pour INTERPOL, «les cas de *lex specialis* où le règlement d'une organisation prévoit expressément la responsabilité des États pour les faits internationalement illicites d'une organisation internationale dont ils sont membres» se produiraient «lorsque l'acte constitutif ou une autre règle de l'organisation prescrit que ses membres sont responsables, indirectement ou subsidiairement, des faits ou des dettes de l'organisation[154]». Cela étant, la responsabilité des États membres découlant des règles de l'organisation n'implique pas que ces États sont responsables auprès d'un État tiers à moins que leur responsabilité ne soit engagée vis-à-vis de cet État au regard du droit international. Ainsi, contrairement à l'opinion exprimée par INTERPOL, on ne peut pas supposer que, sur la base de son acte constitutif, les États membres de la Communauté européenne voient leur responsabilité engagée lorsque la Communauté manque à une de ses obligations conventionnelles. Le paragraphe 7 de l'article 300 du Traité établissant la Communauté européenne n'a pas pour but d'imposer des obligations aux États membres vis-à-vis d'États non membres[155]. Comme l'a noté l'Allemagne dans son observation écrite, «l'article fonde uniquement les obligations contractées en droit communautaire vis-à-vis de la Communauté et n'habilite pas les tiers à présenter des réclamations directes à l'encontre des États membres de la Communauté[156]». Pour des raisons similaires, les dispositions qui peuvent figurer dans les accords sur le statut des forces concernant la répartition des responsabilités entre l'État fournissant des forces à une organisation internationale et l'organisation elle-même ne peuvent pas être considérées comme pertinentes en soi pour les relations avec des États tiers au regard du droit international[157].

87. Lorsqu'un traité engage la responsabilité des États membres[158], la limite ou l'exclut[159], une règle spéciale du droit international peut être posée en partant de l'hypothèse que la disposition conventionnelle devient pertinente pour l'État plaignant potentiel[160]. Étant donné la grande diversité des clauses de ce type, il serait difficile de fonder un argument sur la pratique de ce traité et en tirer une conclusion quelconque en vue du règlement de la question de la responsabilité des États membres.

88. Les ouvrages spécialisés sont divisés sur la question de savoir si les États engagent leur responsabilité lorsqu'une organisation dont ils sont membres commet un fait internationalement illicite. Certains auteurs tiennent les États membres responsables car ils n'acceptent pas le fait que l'organisation ait sa propre personnalité juridique ou parce qu'ils considèrent que la personnalité juridique de l'organisation peut avoir des effets juridiques vis-à-vis des seuls États non membres qui l'ont reconnue[161]. Ces vues sont contraires au postulat du projet d'article 2 selon lequel l'organisation est «dotée d'une personnalité juridique internationale propre[162]». D'autres auteurs affirment, en partant de différentes hypothèses, que les États membres sont responsables lorsque l'organisation ne s'acquitte pas de l'obligation qui lui incombe de réparer en cas de fait internationalement illicite[163]. Leur opinion a été critiquée par d'autres auteurs qui affirment qu'étant donné la personnalité juridique distincte de l'organisation,

---

[150] Déclaration de l'Italie, ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 3.

[151] Déclaration de l'Autriche, ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 65.

[152] Déclaration du Bélarus, ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 52.

[153] Déclaration de l'Espagne, ibid., 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 53.

[154] Voir document A/CN.4/568 et Add.1, sect. L (reproduit dans le présent volume).

[155] Le paragraphe 7 de l'article 300 du Traité est libellé comme suit: «Les accords conclus selon les conditions fixées au présent article lient les institutions de la Communauté et les États membres». La Cour européenne de justice a fait observer que cette disposition n'impliquait pas que les États membres étaient liés vis-à-vis des États non membres et pouvaient voir leur responsabilité engagée au regard du droit international. Voir *République française c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-327/91, arrêt du 9 août 1994, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance*, 1994-8, p. I-3674, par. 25.

[156] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. O.1 *a* iii, p. 54.

[157] Pour une analyse des accords sur le statut des forces de l'OTAN et de l'Union européenne, voir Schmalenbach, op. cit., p. 556 à 564 et p. 573 à 575. Voir aussi *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. O.2 *c* ii, p. 60 à 62. Le modèle d'accord sur le statut des forces entre l'Organisation des Nations Unies et les pays hôtes (A/45/594, annexe) ne contient pas de dispositions concernant la responsabilité.

[158] Par exemple, d'après l'article XXII, par. 3 *b*, de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, «seulement dans le cas où l'organisation n'aurait pas versé dans le délai de six mois la somme convenue ou fixée comme réparation pour le dommage, l'État demandeur peut invoquer la responsabilité des membres qui sont des États parties à la présente Convention pour le paiement de ladite somme». Le fait que la responsabilité des membres de l'organisation n'est engagée qu'au profit des États parties à la Convention a été critiqué par Galicki, «Liability of international organizations for space activities», p. 207.

[159] À titre d'exemple, on peut citer l'article 24 de l'Accord international de 2001 sur le cacao: «Les responsabilités d'un Membre à l'égard du Conseil et des autres Membres se limitent à ses obligations concernant les contributions expressément prévues dans le présent Accord. Les tierces parties traitant avec le Conseil sont censées avoir connaissance des dispositions du présent Accord relatives aux pouvoirs du Conseil et aux obligations des Membres […].»

[160] Cela supposerait la reconnaissance ou pour le moins l'acquiescence des États tiers.

[161] Sur ce point, voir plus haut, l'avis de Münch, op. cit., p. 267 et 268; Seidl-Hohenveldern, «Die völkerrechtliche Haftung für Handlungen internationaler Organisationen im Verhältnis zu Nichtmitgliedstaaten», p. 502 à 505; et Stein, «Kosovo and the international community – the attribution of possible internationally wrongful acts: responsibility of NATO or of its member States», p. 192.

[162] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 40, par. 205.

[163] Voir Adam, *Les organismes internationaux spécialisés: contribution à la théorie générale des établissements publics internationaux*, p. 130; Ginther, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit internationaler Organisationen gegenüber Drittstaaten*, p. 177 à 179 et 184; Hoffmann, «Der Durchgriff auf die Mitgliedstaaten internationaler Organisationen für deren Schulden», p. 586; Pitschas, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten*, p. 92 à 96; Sadurska et Chinkin, «The Collapse of the International Tin Council: a case of State responsibility?», p. 887 à 890; Schermers, «Liability of international organizations», p. 9; et Wenckstern, «Die Haftung der Mitgliedstaaten für internationale Organisationen», p. 108 et 109. Brownlie, dans *Principles of Public International Law*, p. 655, soutenait que «dans le cas d'organisations plus spécialisées ayant un nombre réduit de membres, il peut être nécessaire de s'en remettre à la responsabilité collective des États membres».

les États membres ne sont soumis à aucune responsabilité subsidiaire[164]. Cela dit, certains de ces auteurs concèdent que les États membres peuvent quand même être responsables dans des cas exceptionnels[165].

89. Cette dernière opinion a également trouvé une expression dans la résolution que l'Institut de droit international a adoptée à Lisbonne, en 1995, sur les conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers. D'après l'alinéa *a* de l'article 6 de cette résolution:

> 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[166].

L'article 5 est libellé comme suit:

> *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 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'acquiescement ou l'abus de droit.
>
> *c*) En outre, la responsabilité 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[167].

90. L'idée générale retenue dans la résolution de l'Institut de droit international semble conforme aux tendances qui se dégagent de l'analyse de la pratique qui figure plus haut. Hormis la sentence arbitrale temporaire rendue dans l'affaire *Westland Helicopters* (voir plus haut, paragraphe 76) et l'opinion minoritaire du juge Nourse de la Cour d'appel dans l'affaire du Conseil international de l'étain (voir plus haut, paragraphe 81), les décisions examinées plus haut s'inspirent du point de vue selon lequel on ne peut pas présumer que la responsabilité des États membres est engagée (voir plus haut, paragraphes 77 à 82). Ce point de vue est partagé par la grande majorité des États: tous ceux (plus de 25) qui avaient été poursuivis dans les deux affaires évoquées plus haut aux paragraphes 76 à 82 et la plupart de ceux qui avaient répondu aux questions posées dans le cadre de la présente étude (voir plus haut, paragraphes 84 et 85).

91. L'un des cas où les États sont souvent tenus responsables à titre exceptionnel pour le fait internationalement illicite d'une organisation dont ils sont membres est celui où les États ont accepté d'être responsables. Cette acceptation entraîne le plus souvent une simple responsabilité subsidiaire lorsque l'organisation a failli à une obligation due à un État non membre. Par exemple, dans son opinion au sujet de l'affaire du Conseil international de l'étain, le juge Ralph Gibson s'est référé à l'acceptation de la responsabilité figurant dans l'acte constitutif[168]. L'acceptation peut aussi être exprimée dans un instrument autre que l'acte constitutif. Cela dit, comme on l'a fait remarquer à propos du paragraphe 7 de l'article 300 du Traité établissant la Communauté européenne (voir plus haut, paragraphe 86), la responsabilité des États membres n'est engagée au regard du droit international que lorsque leur acceptation de leur responsabilité produit des effets juridiques dans leurs relations avec l'État non membre lésé. C'est probablement ce qui se produirait dans le cas d'une disposition conventionnelle qui donnerait des droits à des États tiers[169]. L'État lésé ne pourrait pas fonder sa plainte sur le seul acte constitutif qui ne lie pas les États membres dans leurs relations avec des États non membres.

92. Un autre cas appelle la même solution que celui, apparemment simple, de l'acceptation de la responsabilité: celui des États membres dont le comportement incite un État non membre à compter, dans ses relations avec l'organisation, sur la responsabilité subsidiaire des États membres de cette organisation. Certains exemples déjà envisagés dans la pratique[170] pourraient être couverts par

---

[164] Voir Hartwig, *Die Haftung der Mitgliedstaaten für Internationale Organisationen*, p. 290 à 296; Klein, op. cit., p. 509 et 510; Pellet, «L'imputabilité d'éventuels actes illicites: responsabilité de l'OTAN ou des États membres», p. 198 et 201; Pernice, «Die Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitglieder», p. 419 et 420; et Ritter, «La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», p. 444 et 445. De même, les auteurs mentionnés à la note 160 ci-dessus considèrent que les États membres ne sont pas responsables lorsque la personnalité juridique de l'organisation peut être opposée aux États non membres.

[165] Certains auteurs sont d'avis qu'une exception devrait être faite lorsque les États membres reconnaissent qu'ils pourraient être tenus responsables du fait internationalement illicite d'une organisation. Dans un article qui a fait école, «Role of law in economic development: the legal problems of international public ventures», p. 125, Shihata a affirmé qu'en ce qui concerne les sociétés internationales, «[t]outes les dispositions et circonstances pertinentes doivent être étudiées afin de déterminer quelle était l'intention des parties à cet égard et dans quelle mesure leur intention a été portée à la connaissance des tiers ayant affaire avec l'entreprise». S'agissant des membres d'une organisation internationale, Seidl-Hohenveldern, «Liability of member States for acts or omissions of an international organization», p. 739, a reconnu qu'il fallait «tenir compte de toutes les dispositions et circonstances pertinentes». Klein, op. cit., p. 509 et 510, estimait que le comportement des États membres pouvait donner à penser qu'ils se portaient garants des obligations qui en découlaient pour l'organisation. D'après Herdegen, «The insolvency of international organizations and the legal position of creditors: some observations in the light of the International Tin Council crisis», p. 141, «la qualité de membre ne peut à elle seule justifier l'extension des revendications et obligations à moins que les États membres n'aient eu clairement l'intention de partager les droits et les obligations de l'organisation». Amerasinghe, dans «Liability to third parties of member States of international organizations: practice, principle and judicial precedent», 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 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». D'après Hartwig, op. cit., p. 299 et 300, et Hirsch, op. cit., p. 165, une partie lésée aurait le droit de demander que les membres s'acquittent de leurs obligations et fournissent des fonds à l'organisation concernée.

[166] Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 66, t. II (session de Lisbonne, 1995), p. 448.

[167] Ibid.

[168] Voir *supra* le paragraphe 81. Dans le même paragraphe est citée l'opinion du juge Nourse qui évoque lui aussi la «constitution» de l'organisation internationale concernée.

[169] Les conditions fixées à l'article 36 de la Convention de Vienne sur le droit des traités s'appliqueraient dans ce cas.

[170] Voir *supra* les paragraphes 76, 83 et 85. Certaines des exceptions envisagées dans la résolution de l'Institut de droit international citée plus haut au paragraphe 82 renvoient au même type de circonstances, tandis que le cas où «l'organisation internationale a agi en qualité

une exception qui mentionnerait le recours à la responsabilité subsidiaire des États membres. Ainsi, dans la sentence arbitrale sur le fond qu'il a rendue dans l'affaire *Westland Helicopters*, le tribunal s'est référé, fort justement d'ailleurs, à la confiance des tiers contractants avec l'organisation dans la capacité de celle-ci à tenir ses engagements du fait du soutien constant de ses États membres[171]. Différents facteurs pourraient jouer lorsqu'il s'agit de déterminer si un État non membre avait des raisons de compter sur la responsabilité des États membres. Parmi ceux-ci pourraient figurer, comme l'a suggéré le Bélarus, le petit nombre de membres que compte l'organisation[172]. On ne peut pas toutefois supposer que la présence de l'un ou plusieurs de ces facteurs implique en soi que la responsabilité des États membres est engagée.

93. Deux des exceptions mentionnées dans les paragraphes qui précèdent ne concernent pas nécessairement tous les États qui sont membres d'une organisation internationale. Ainsi, par exemple, si seulement certains des États membres ont accepté d'être subsidiairement responsables, c'est vis-à-vis de ces seuls États que la responsabilité pourrait être tenue comme existante. D'autre part, si la responsabilité de l'organisation est la conséquence d'une décision prise par l'un de ses organes, le fait que la décision en question ait été prise uniquement grâce aux voix de certains États membres ne signifie pas que seule la responsabilité de ces États est engagée[173]. Une distinction ne devrait pas toujours être faite entre les États ayant voté pour et les autres. Cette façon de procéder pourrait également être inspirée par des considérations de politique générale car la prise en considération d'une telle distinction pourrait nuire au processus de décision de nombreuses organisations où la crainte de voir sa responsabilité engagée pourrait empêcher la réalisation du consensus.

94. La solution proposée ici trouve une certaine justification dans d'autres considérations de politique générale. Tout d'abord, si les États membres devaient être généralement tenus pour responsables, même subsidiairement, les relations des organisations internationales avec les États non membres s'en trouveraient affectées car ces dernières rencontreraient des difficultés pour agir de façon autonome. Par ailleurs, comme on l'a déjà noté, «si les membres savent que leur responsabilité contractuelle ou délictuelle peut être engagée par les actes d'une organisation internationale, ils interviendront forcément dans pratiquement toutes les décisions des organisations internationales[174]». Les deux exceptions proposées reposent également sur des considérations de politique générale car elles lient la responsabilité des États membres à leur comportement. Lorsque les États membres ont accepté d'être tenus responsables ou ont conduit un État non membre à compter sur leur responsabilité, il semble juste qu'ils assument les conséquences de leur propre comportement.

95. Pour les raisons exposées plus haut au paragraphe 57, le texte proposé du projet d'article ne concerne les États qu'en tant que membres d'une organisation internationale. Cela étant, comme l'a fait remarquer l'Agence internationale de l'énergie atomique:

> À première vue, il conviendrait de traiter de manière similaire toute responsabilité éventuelle d'un État membre d'une organisation internationale et toute responsabilité éventuelle d'une organisation internationale membre d'une autre organisation internationale[175].

96. Les remarques qui précèdent amènent à la conclusion suivante: ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'un État qui est membre d'une organisation internationale peut voir sa responsabilité engagée à raison du fait internationalement illicite de cette organisation. Cette idée pourrait être exprimée de la façon suivante:

«*Article 29. 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.»

---

d'agent de cet État, en droit ou en fait» (art. 5 *c* ii) semble soulever le problème de l'attribution du comportement.

[171] Ce passage est cité plus haut au paragraphe 78.

[172] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 52.

[173] L'importance des circonstances dans lesquelles s'est déroulé le vote à l'issue duquel la décision a été prise est soulignée dans les déclarations de la Chine [ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 53] et du Bélarus [ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 51].

[174] Higgins, loc. cit., p. 419.

[175] *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/545, sect. B.1 *b*, p. 24.

**DOCUMENT A/CN.4/568 et Add.1**

# Commentaires et observations reçus des organisations internationales

*[Original: anglais]*
*[17 mars et 12 mai 2006]*

## TABLE DES MATIÈRES


*Pages*

Instruments multilatéraux cités dans le présent document ..... 130

Ouvrages cités dans le présent document ..... 130

INTRODUCTION ..... 130

COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS REÇUS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES ..... 131

A. Remarques générales ..... 131
Commission européenne ..... 131
Organisation internationale du Travail ..... 131
Organisation pour l'interdiction des armes chimiques ..... 132
Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture ..... 132
Organisation mondiale de la Santé ..... 132

B. Projet d'article 1. Champ d'application du présent projet d'articles ..... 132
Organisation internationale du Travail ..... 133

C. Projet d'article 2. Définition ..... 133
Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture ..... 133

D. Projet d'article 3. Principes généraux ..... 133
Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture ..... 134

E. Projet d'article 4. Règle générale en matière d'attribution d'un comportement d'une organisation internationale ..... 134
Organisation internationale du Travail ..... 134
Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture ..... 135

F. Projet d'article 5. Comportement des organes ou agents mis à la disposition d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale ..... 137
Organisation internationale du Travail ..... 137

G. Projet d'article 6. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions ..... 137
Organisation internationale du Travail ..... 137

H. Projet d'article 8. Existence d'une violation d'une obligation internationale ..... 138
Commission européenne ..... 138
Organisation internationale du Travail ..... 138
Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture ..... 139
Organisation mondiale de la Santé ..... 139

I. Projet d'article 15. Décisions, recommandations et autorisations adressées aux États membres et organisations internationales membres ..... 140
Commission européenne ..... 140
Organisation internationale de police criminelle ..... 140
Organisation internationale du Travail ..... 141
Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture ..... 141
Organisation mondiale de la Santé ..... 141

J. Circonstances excluant l'illicéité. Considérations générales ..... 141
Organisation internationale de police criminelle ..... 141
Organisation internationale du Travail ..... 142
Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture ..... 143

K. Circonstances excluant l'illicéité. État de nécessité ..... 143
Banque mondiale ..... 143

L. Responsabilité des États pour les faits internationalement illicites d'organisations internationales ..... 144
Commission européenne ..... 144
Organisation internationale de police criminelle ..... 144
Organisation internationale du Travail ..... 147
Organisation pour l'interdiction des armes chimiques ..... 149
Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture ..... 149
Organisation mondiale de la Santé ..... 150

## Instruments multilatéraux cités dans le présent document

| | *Sources* |
|---|---|
| Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919] | H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens*, 3e série, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t. XI, p. 323. |
| Convention créant une Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (Londres, 16 novembre 1945) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 4, no 52, p. 275. |
| Statuts du Fonds monétaire international et Statuts de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Washington, 27 décembre 1945) | Ibid., vol. 2, no 20, p. 39. |
| Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes (Moscou, Londres et Washington, 27 janvier 1967) | Ibid., vol. 610, no 8843, p. 205. |
| Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972) | Ibid., vol. 961, no 13810, p. 187. |
| Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986) | A/CONF.129/15. |
| Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), intégrant les modifications apportées par le Traité de Nice du 26 février 2001 | Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, vol. 45, no C 325 (24 décembre 2002), p. 33. |

## Ouvrages cités dans le présent document

CRAWFORD, James

*The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

KLEIN, Pierre

*La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

# Introduction

1. À sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission du droit international (CDI) a demandé au Secrétariat de distribuer, chaque année, aux organisations internationales les extraits de son rapport intéressant le sujet de la «Responsabilité des organisations internationales» de façon que celles-ci puissent faire part de leurs commentaires[1]. Comme suite à cette demande, certaines organisations internationales ont été invitées à soumettre leurs commentaires sur les extraits pertinents des rapports de 2003, 2004 et 2005 de la Commission[2]. Tout récemment, la Commission a demandé des commentaires sur

[1] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 18, par. 52.

[2] Les commentaires écrits des organisations internationales reçus avant le 9 mai 2005 figurent dans *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/545, et *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), documents A/CN.4/547 et A/CN.4/556.

le chapitre VI de son rapport de 2005[3] et sur les questions l'intéressant particulièrement mentionnées au paragraphe 26 du rapport de 2005[4].

2. Au 12 mai 2006, des commentaires écrits avaient été reçus des sept organisations internationales ci-après (les dates de soumission figurent entre parenthèses): l'Organisation internationale de police criminelle (31 janvier 2006), l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (30 janvier 2006), la Banque mondiale (31 janvier 2006), l'Organisation mondiale de la Santé (21 février 2006), la Commission européenne (3 février 2006), l'Organisation internationale du Travail (5 avril 2006) et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (28 avril 2006). Ces commentaires, classés par sujet, sont reproduits ci-après selon l'ordre alphabétique anglais.

[3] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 38.

[4] Le paragraphe 26 de l'*Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 13, est ainsi rédigé:

«Le prochain rapport du Rapporteur spécial traitera des questions suivantes: circonstances excluant l'illicéité, et responsabilité de l'État à raison du fait internationalement illicite d'une organisation internationale. La Commission accueillerait avec intérêt des remarques et observations se rapportant à ces questions, notamment sur les points suivants:

«*a*) Dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, approuvé par la Commission à sa cinquante-troisième session, l'article 16 ne considère que le cas de l'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission d'un fait internationalement illicite. La Commission devrait-elle inclure également dans le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales une disposition concernant l'aide ou l'assistance fournie par un État à une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite? La réponse donnée à cette question devrait-elle aussi s'appliquer au cas où un État donne des directives et exerce un contrôle ou une contrainte dans la commission d'un fait par une organisation internationale qui constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite?

«*b*) Hormis ceux visés à l'alinéa *a*, y a-t-il des cas où un État pourrait être tenu responsable du fait internationalement illicite d'une organisation dont il est membre?»

## Commentaires et observations reçus des organisations internationales

### A. Remarques générales

#### Commission européenne

La vue d'ensemble de la Commission européenne sur les travaux de la CDI en 2005 a été présentée dans la Déclaration de l'Union européenne et de la Communauté européenne faite devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale le 25 octobre 2005 [voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 12e séance (A/C.6/60/SR.12)].

La Commission européenne salue les progrès réalisés par la CDI et se félicite du troisième rapport sur la responsabilité des organisations internationales[5] présenté par le Rapporteur spécial, M. Giorgio Gaja. La Commission européenne attache beaucoup d'importance aux travaux de la CDI, même si elle les considère du point de vue d'une organisation internationale *sui generis*. Aussi se bornera-t-elle à quelques aspects du projet d'articles.

Le paragraphe 1 de l'article 8 et les articles 9, 10 et 11 du présent projet sont identiques au paragraphe 1 de l'article 12 et aux articles 13, 14 et 15 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[6]. Il n'est donc pas nécessaire de s'écarter des règles valables pour les États à cet égard et la Commission européenne ne fera pas d'observations à ce sujet.

Les projets d'articles 12 à 14 sont calqués sur les articles 16 à 18 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[7]. Ici encore, ils n'appellent aucune observation de la part de la Commission européenne.

[5] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/553, p. 7 et suiv.

[6] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

[7] Ibid.

#### Organisation internationale du Travail

Il s'agit de la première contribution de l'Organisation internationale du Travail (OIT) aux travaux sur cette question. Certaines remarques seront donc inévitablement consacrées à des questions abordées par la Commission avant sa cinquante-septième session qui s'est tenue en 2005. Il faut espérer que ces observations pourront quand même être prises en considération par le Rapporteur spécial et la Commission.

De façon générale, on peut conclure à l'absence de pratique notable en ce qui concerne la responsabilité internationale de l'OIT, encore qu'il y ait une pratique abondante concernant la responsabilité de l'Organisation vis-à-vis de ses agents, dont une riche jurisprudence de son Tribunal administratif. Cette pratique ne présente toutefois pas d'intérêt pour le présent exercice car elle résulte d'un système juridique particulier comme indiqué plus loin de façon plus détaillée.

Dans l'ensemble, l'OIT considère que les observations formulées par certaines organisations − l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) et le Fonds monétaire international (FMI) − au sujet des extraits pertinents des rapports de 2003 et 2004 de la Commission et notamment des différences notables entre le droit de la responsabilité des États et celui de la responsabilité des organisations internationales sont valables. À cet égard, deux points importants méritent d'être soulevés: d'une part, le fait que les questions intéressant les principes organiques ou l'administration interne des organisations internationales sont régies par le droit international alors que, pour ce qui est des États, les lois nationales, y compris les constitutions nationales, sont, au regard du droit international et des tribunaux internationaux, de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États[8]. D'autre part, s'agissant des organisations internationales, la responsabilité internationale doit

[8] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, observations d'INTERPOL, sect. L.2, p. 44 à 48.

dépendre de leurs buts et de leurs fonctions tels qu'ils sont énoncés ou sous-entendus dans leurs actes constitutifs et dégagés par la pratique car elles ne jouissent pas, à l'instar des États, de compétences générales[9].

Organisation pour l'interdiction des armes chimiques

L'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC) estime que le chapitre VI reflète de façon très complète, approfondie et équilibrée le large éventail de questions que soulève la responsabilité des organisations internationales. L'exposé contenu dans ce chapitre éclaire fort bien l'état du droit international dans ce domaine.

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

Premièrement, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) souligne qu'elle approuve le choix de la Commission, à savoir reprendre dans son principe l'approche adoptée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[10]. Toutefois, comme elle l'expliquera ci-après, l'UNESCO estime que, même en l'absence de pratique en la matière, la Commission doit veiller à ne pas adhérer trop strictement à ces articles lorsque les caractéristiques objectives des organisations internationales semblent suggérer une solution différente. Certains des articles provisoirement adoptés reposent sur des éléments de la pratique relatifs, dans de nombreux cas, à un seul type d'activité (actions militaires menées par des forces de maintien de la paix). Or, la plupart des organisations internationales ne se livrent pas à cette activité. Il conviendrait d'étudier plus avant la typologie des actes et activités accomplis par les organisations internationales et comment ils peuvent engager la responsabilité de cellesci.

Pour ce qui est de la demande de la Commission au sujet d'éventuelles violations du droit international alléguées à l'encontre de l'UNESCO, il semble que depuis la création de l'Organisation aucune demande de ce type n'a été formée contre elle.

Néanmoins, il convient de mentionner des procès civils auxquels l'UNESCO a participé en qualité de défendeur qui peuvent intéresser la présente étude en ce que des arguments y ont été avancés (par exemple sur la question de l'attribution d'un comportement) qui pourraient par analogie être applicables à la responsabilité pour fait internationalement illicite.

Organisation mondiale de la Santé

Pour ce qui est du chapitre VI, l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) note que la Commission procède conformément à la décision qu'elle a prise de se fonder sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[11], en l'adaptant selon que de besoin. L'OMS est en principe d'accord avec cette démarche tant que l'application aux organisations internationales des principes énoncés dans lesdits articles ne soulève pas de question particulière. Elle partage cependant les mêmes inquiétudes que celles qu'ont exprimées plusieurs organisations internationales dans les commentaires qu'elles ont faits sur le projet d'articles: elles ont souligné les différences fondamentales qu'il y a entre un État et une organisation internationale en tant que sujets de droit international, et entre les organisations internationales elles-mêmes. Ces différences appellent le Rapporteur spécial et la Commission à réfléchir soigneusement aux solutions qui risqueraient d'aller à l'opposé des intérêts des organisations internationales. La rareté de la pratique observable et le fait que le droit international est à l'évidence moins formé dans cette matière que dans celle de la responsabilité des États font qu'au total la situation est compliquée et délicate. Cela se voit notamment à certaines dispositions − par exemple les projets d'articles 12 à 14 − qui portent sur des questions d'ordre politique particulièrement délicates dans les relations entre une organisation internationale et ses États membres.

Cela étant, l'OMS serait d'avis que la Commission et le Rapporteur spécial d'une part, et les organisations internationales intéressées de l'autre, se consultent périodiquement au cours du travail qui conduira à l'adoption de nouveaux projets d'article. Elle se félicite à ce propos que la responsabilité des organisations internationales soit inscrite à l'ordre du jour de la prochaine réunion des conseillers juridiques des institutions des Nations Unies et que le Rapporteur spécial ait accepté de participer à cette rencontre.

Comme elle le faisait observer dans une communication antérieure, l'OMS n'a jamais été saisie d'une revendication concernant une violation qu'elle aurait commise de ses obligations internationales; les réponses qu'elle peut faire aux questions que lui pose la Commission sont donc nécessairement spéculatives ou ne sont que le résultat d'une analogie avec le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Le Secrétariat de l'OMS tient beaucoup à contribuer aux travaux de la Commission sur le sujet mais il ne lui est pas toujours possible de prendre une position officielle sur des questions juridiques générales dont il ne connaît pas d'application pratique et qui pourraient avoir des implications de politique générale. Par conséquent, le fait que l'OMS ne réponde pas à une partie ou à la totalité des questions de la Commission ne doit pas être considéré comme une manifestation d'indifférence ni comme l'approbation de la démarche suivie par celle-ci.

## B. Projet d'article 1. Champ d'application du présent projet d'articles

3. Le projet d'article 1 adopté à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-cinquième session, en 2003, se lit comme suit:

*Article 1. 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[*].

[9] Ibid., observations du FMI, sect. L.3, p. 48.

[10] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

[11] Ibid.

[*] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 18, par. 53.

Organisation internationale du Travail

En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article premier, il semblerait que la responsabilité conjointe[12] d'un État à raison d'un fait attribuable à une organisation internationale s'appliquerait plus particulièrement à la Commission européenne en tant qu'organisation internationale *sui generis* plutôt qu'à toute autre organisation internationale. De fait, comme indiqué à propos du projet d'article 2, la personnalité juridique de l'organisation doit lui être «propre», c'est-à-dire «distincte de celle de ses membres[13]».

Compte tenu de sa pratique limitée à cet égard, l'OIT renvoie à ses commentaires ci-après sur les questions soulevées par la Commission au sujet de la responsabilité de l'État dans les cas où un État aide ou assiste, donne des directives ou exerce un contrôle ou une contrainte dans la commission d'un fait par une organisation internationale.

### C. Projet d'article 2. Définition

4. Le projet d'article 2 adopté à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-cinquième session, en 2003, se lit comme suit:

*Article 2. 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[**].

[**] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 18, par. 53.

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

Aux termes de cette disposition, 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». Une organisation peut avoir pour membres outre des États, «des entités autres que des États[14]».

Le fait qu'une organisation peut être instituée par «un autre instrument régi par le droit international» est confirmé par la pratique de l'UNESCO concernant la création d'organisations intergouvernementales dans le cadre d'une procédure simplifiée qui permet aux organes directeurs de l'UNESCO (la Conférence générale ou le Conseil exécutif) d'adopter les statuts de ces organisations intergouvernementales, les États membres intéressés par leurs activités pouvant notifier au Directeur général qu'ils acceptent ces statuts. Tel a été le cas pour le Centre international d'études pour la conservation et la restauration des biens culturels (ICCROM), établi à Rome en 1959. Aucun doute n'a été exprimé sur la nature du statut de l'ICCROM lorsqu'il a été adopté par la Conférence générale de l'UNESCO; on semble avoir implicitement considéré qu'il s'agissait d'un instrument juridique international obligatoire créant une organisation intergouvernementale[15]. Dans une lettre datée du 22 mai 1959 adressée à Francis Wolf, conseiller juridique de l'Organisation internationale du Travail (OIT), Claude Lussier, conseiller juridique adjoint de l'UNESCO, a expliqué que la procédure suivie pour créer l'ICCROM était l'un des moyens juridiques utilisés au sein de l'Organisation pour créer des organes qui complètent les activités de l'UNESCO. Parmi ces moyens, il citait: *a*) un accord intergouvernemental multilatéral négocié sous les auspices de l'UNESCO [comme dans le cas de l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN)], *b*) une loi nationale créant des institutions fonctionnant dans le cadre du système juridique d'un État membre. L'ICCROM est décrit comme étant «à mi-chemin» entre ces deux solutions. Dans un autre avis juridique, le conseiller juridique de l'UNESCO, Hanna Saba, a déclaré que le Centre avait été créé par la Conférence générale et que c'était la décision de cet organe qui lui avait conféré sa personnalité juridique internationale[16]. Ultérieurement, le statut de l'ICCROM a été enregistré auprès du Secrétariat de l'ONU, ce qui a confirmé qu'il était considéré implicitement comme un accord international.

Le Centre SESAME (Centre international de rayonnement synchrotron pour les sciences expérimentales et appliquées au Moyen-Orient), qui a été créé en 2002 sous la forme d'une organisation intergouvernementale, constitue un exemple plus récent. Ses statuts ont été approuvés par le Conseil exécutif de l'UNESCO (un organe à composition limitée: 58 membres élus par la Conférence générale), auquel la Conférence générale avait délégué des pouvoirs à cette fin, et sont entrés en vigueur après que le Directeur général eut reçu un certain nombre (six) d'instruments d'acceptation d'États membres de la région concernée[17].

### D. Projet d'article 3. Principes généraux

5. Le projet d'article 3 adopté à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-cinquième session, en 2003, se lit comme suit:

*Article 3. 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[*].

[*] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 18, par. 53.

[12] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/541, p. 5, par. 8, et *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 99, par. 479.

[13] Voir *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 22, commentaire du projet d'article 2, par. 10.

[14] Ibid., p. 18, par. 53.

[15] Voir la résolution 9 C/4.53 de la Conférence générale, dans *Actes de la Conférence générale, neuvième session, New Delhi, 1956, Résolutions*, disponible également à l'adresse suivante: www.unesco.org.

[16] Mémorandum du 12 novembre 1959 de H. Saba à J. K. van der Haagen, chef de la Division des musées et des monuments historiques de l'UNESCO (document non publié).

[17] Voir la décision 164 EX/3.33 du Conseil exécutif, dans *Décisions adoptées par le Conseil exécutif à sa cent soixante-quatrième session*, Paris, 21 au 30 mai 2002, disponible également à l'adresse suivante: www.unesco.org.

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

*Paragraphe 2*

En ce qui concerne la possibilité que la responsabilité d'une organisation internationale soit engagée parce qu'elle n'a pas agi, l'UNESCO partage l'opinion exprimée par le FMI [voir *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/545, sect. D.2, par. 4] quant à la nécessité de tenir compte du fait que les omissions peuvent tout simplement résulter de la mise en œuvre du processus de prise de décisions prévu dans l'acte constitutif de l'organisation internationale concernée. Par exemple, lorsque l'unanimité est requise pour les décisions d'un organe directeur de l'organisation, on peut se demander si le fait qu'un État membre ait licitement exercé son droit de veto, empêchant ainsi l'organisation d'agir, serait pertinent aux fins d'exclure ou de limiter la responsabilité de cette organisation à raison d'une omission liée à une situation d'impasse politique.

Le Rapporteur spécial a essayé de répondre à cet argument formulé par le FMI en faisant observer que les difficultés d'exécution tenant au processus politique de prise de décisions pourraient également apparaître au sein des États ou lorsque c'était une omission qui était requise. À cet égard, il a mentionné le fait que l'Organisation des Nations Unies n'avait pas empêché le génocide au Rwanda [voir *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/553, par. 8 à 10]. Toutefois, on peut se demander si la situation dans laquelle le Conseil de sécurité de l'ONU ne parvient pas à un accord entre ses membres s'agissant de prendre les mesures voulues pour empêcher un génocide peut être comparée à celle dans laquelle la décision de ne pas intervenir a été prise par le Secrétaire général de l'ONU, en sa qualité d'autorité suprême dans la chaîne de commandement, pendant une opération militaire de forces de maintien de la paix des Nations Unies quand des actes de génocide massif sont en train d'être commis: l'ONU serait-elle considérée responsable en raison d'une omission dans la même mesure dans les deux cas?

L'UNESCO considère que les conséquences de l'application aux organisations internationales du principe énoncé au paragraphe 2 de l'article 3 devraient être davantage étudiées, en particulier en ce qui concerne le type d'organe (collectif ou individuel, politique ou administratif) responsable de la décision de ne pas agir. Il faut tenir compte du fait que la base sociale d'une organisation internationale est constituée par des États, c'est-à-dire d'autres sujets du droit international.

## E. Projet d'article 4. Règle générale en matière d'attribution d'un comportement d'une organisation internationale

6. Le projet d'article 4, adopté à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-sixième session, en 2004, se lit comme suit:

*Article 4. Règle générale en matière d'attribution d'un comportement d'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 agit.

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'organisation*.

* *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 48, par. 71.

Organisation internationale du Travail

*Paragraphe 2*

Le terme «agent» tel qu'il est défini au paragraphe 2 du projet d'article 4 s'entend «des fonctionnaires et des autres personnes ou entités par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit». Étant donné l'importance générale de cette définition et ses implications pour les dispositions qui suivent[18], l'OIT s'inquiète de sa large portée[19]. Le commentaire du projet explique en particulier que la nature juridique de l'«agent» n'est pas «décisive aux fins de l'attribution d'un comportement[20]». Le terme en question peut apparemment comprendre aussi des entités «extérieures» à une organisation comme par exemple des sociétés privées[21]. Compte tenu des observations reçues d'autres organisations internationales [voir *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/545, sect. A.2 et H.3], il semble également difficile pour l'OIT de prévoir une situation où les actes d'une telle entité pourraient lui être attribuables. Il serait bon par conséquent que la Commission donne des exemples de ce type de situation.

*Paragraphe 3*

La question de la définition du terme «agent» semble plus importante à la lumière du paragraphe 3 du projet d'article 4 selon lequel «[l]es règles de l'organisation s'appliquent pour déterminer les fonctions de ses organes et agents». Alors que la référence aux règles de l'organisation est, de l'avis de l'OIT, la bienvenue, le commentaire explique que la formulation «est destinée à réserver la possibilité, dans des circonstances exceptionnelles, de considérer des fonctions comme confiées à un organe ou à un agent même si l'on ne peut pas dire que ce soit sur le

[18] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 52, par. 72, commentaire du projet d'article 4, par. 14.

[19] L'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qui énonce la règle fondamentale d'attribution à l'État du comportement de ses organes limite sa portée à «toute personne ou entité qui a ce statut [d'organe] d'après le droit interne de l'État» [*Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76] et vise donc toute personne physique ou morale, qu'il s'agisse du titulaire d'un emploi public, d'un ministère, d'une commission ou d'un autre organe exerçant des prérogatives de puissance publique (ibid., p. 41, commentaire du projet d'article 4, par. 2). La question de l'attribution des actes d'entités «extérieures» est abordée dans l'articles 5 (Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique) et l'article 8 (Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État) [ibid., p. 26], qui, dans le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, ont été fusionnés pour former une disposition de base en matière d'attribution, ce qui lui donne une très vaste portée.

[20] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 51, par. 72, commentaire du projet d'article 4, par. 6.

[21] Ibid., par. 12 et 13.

fondement des règles de l'organisation[22]». On se demande ce que ces circonstances exceptionnelles pourraient être et sur quelles bases la délégation des fonctions en question pourrait se faire dans de telles situations. Du point de vue de l'OIT, s'il n'est pas fondé sur les règles des organisations, le comportement d'une personne ou d'une entité pourrait n'être attribuable à une organisation que si cette personne ou entité agit sur ses instructions ou sous sa direction ou son contrôle[23].

### Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

*Paragraphes 2 et 3*

La définition du terme «agent», au paragraphe 2 du projet d'article 4 préoccupe particulièrement l'UNESCO, car cette définition serait applicable non seulement aux fonctionnaires et experts en mission de l'UNESCO, mais plus généralement aux «autres personnes ou entités par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit».

Apparemment, l'indication au paragraphe 1 de l'article 4 que l'organe ou l'agent agit «dans l'exercice des fonctions de cet organe ou de cet agent» signifie implicitement que pour que le comportement de l'agent puisse être attribué à l'organisation, il faut qu'il existe un lien fonctionnel entre l'agent et celle-ci[24]. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 4, les règles de l'organisation sont en principe le texte qui définit ces fonctions. Toutefois, la référence au lien fonctionnel n'est pas assez développée pour délimiter clairement la catégorie des «agents».

À cet égard, l'UNESCO voudrait citer une clause figurant dans les contrats qu'elle conclut avec ses contractants privés:

> Ni l'entrepreneur, ni quiconque est employé par lui pour exécuter les travaux, ne doit être considéré comme un agent ou un fonctionnaire de l'UNESCO et, sauf disposition contraire du présent contrat, ils ne peuvent prétendre à aucun privilège, immunité, indemnisation ou remboursement, pas plus qu'ils ne sont autorisés à mettre une dépense ou d'autres obligations à la charge de l'UNESCO.

Les contractants de l'UNESCO peuvent exécuter des activités opérationnelles très diverses (y compris des activités d'assistance technique) au titre de contrats d'honoraires[25] ou de consultant[26]. Les mêmes types d'activités pourraient certes être exécutés par des fonctionnaires de l'UNESCO, mais, s'agissant des contractants, l'UNESCO considère que les actes qu'ils accomplissent ne peuvent être considérés comme des actes de l'Organisation, puisque les règles de celle-ci excluent clairement cette possibilité. De plus, les contrats en question n'imposent aux contractants qu'une obligation de résultat (par exemple, l'exécution d'un projet sur le terrain), et l'Organisation n'exerce ni direction ni contrôle sur leurs activités et ne peut exercer de pouvoirs disciplinaires à leur encontre.

Toutefois, dans son commentaire relatif au paragraphe 3 de l'article 4, la Commission évoque la possibilité «dans des circonstances exceptionnelles, de considérer des fonctions comme confiées à un organe ou à un agent même si l'on ne peut pas dire que ce soit sur le fondement des règles de l'organisation[27]», sans expliquer quelles peuvent être ces circonstances exceptionnelles. Le commentaire de l'article 4 semble suggérer qu'une telle circonstance existerait dans les cas des organes dits de facto, c'est-à-dire de personnes ou groupes de personnes agissant en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle d'une organisation[28], mais, hormis ce dernier cas, l'UNESCO ne peut imaginer d'autres situations dans lesquelles l'attribution d'un comportement à une organisation ne reposerait pas sur ses règles internes. À cet égard, l'UNESCO invite la Commission à mieux expliciter le type de situation qui serait envisagé concrètement. Pour l'UNESCO, outre les actes accomplis par des fonctionnaires et experts en mission dans l'exercice de leurs fonctions officielles, seuls les actes de personnes ou d'entités opérant en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle d'une organisation peuvent être attribués à cette dernière.

Le comportement des contractants peut donner naissance à des problèmes juridiques, lorsque les termes de leur contrat ne sont pas clairs quant à la nature véritable du lien existant entre eux et l'Organisation et risquent ainsi d'induire les tiers en erreur. Par exemple, l'Organisation avait conclu un contrat dans le cadre duquel le contractant était autorisé à utiliser le nom et l'emblème de l'UNESCO pour organiser un événement culturel et sportif qu'il était censé financer lui-même au moyen d'une campagne d'appels de fonds à laquelle l'UNESCO n'était pas directement associée. Alors que le contrat indiquait clairement que l'activité du contractant ne pourrait en aucune manière engager la responsabilité juridique ou financière de l'Organisation et contenait la clause citée au paragraphe 3 du présent commentaire, un tribunal arbitral a considéré que l'UNESCO était partiellement

[22] Ibid., par. 9.

[23] Voir l'article 8 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État) où est énoncé le principe premier de l'attribution en droit international selon lequel le comportement n'est considéré comme un fait de l'État que «si cette personne ou ce groupe de personnes [...] agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État» [*Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76].

[24] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 51, par. 72, commentaire du projet d'article 4, par. 7.

[25] Un contrat d'honoraires est conclu par l'UNESCO avec une personne physique ou morale ayant une compétence spécialisée, afin d'obtenir de sa part une prestation spéciale telle que préparer ou céder un manuscrit inédit ou une œuvre originale, développer un produit ou procédé nouveau ou amélioré, ou fournir un service spécialement adapté à l'Organisation, à une échéance déterminée et pour des honoraires forfaitaires (voir *Manuel administratif de l'UNESCO*, vol. I, chap. 7, point 700).

[26] Un consultant est un spécialiste de haut niveau employé par l'UNESCO pendant une période déterminée, par exemple pour exécuter une tâche prioritaire de son programme d'activité en procédant sur place à l'analyse de problèmes complexes et à la recherche de solutions novatrices dans un domaine où le Secrétariat ne possède pas les spécialistes requis; participer à titre de conseiller technique à une conférence ou une réunion organisée par l'unité considérée; dispenser un enseignement spécialisé à un séminaire ou un cours de formation organisé par l'unité considérée; ou exécuter dans un État membre une mission de courte durée et rédiger ensuite un rapport afin de conseiller le gouvernement ou une institution nationale sur une question relevant du programme d'activité de l'unité considérée (ibid., vol. II, chap. 24, point 2435).

[27] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 51, par. 72, commentaire du projet d'article 4, par. 9.

[28] Ibid., par. 13.

responsable des dettes du contractant envers ses créanciers pour n'avoir pas exécuté son obligation de coopérer avec lui, mais aussi pour avoir créé un risque évident d'ambiguïté pour les tiers en l'autorisant à utiliser son nom et son emblème. Dans cette affaire, le contractant n'a pas été considéré comme un agent de l'UNESCO, mais l'Organisation a été considérée comme en partie responsable, notamment pour avoir créé une ambiguïté quant au statut véritable de son contractant[29].

Excepté dans l'affaire susmentionnée, la clause citée ci-dessus semble protéger efficacement l'UNESCO contre les réclamations pouvant découler du comportement de ses contractants. L'UNESCO n'a connaissance d'aucune affaire dans laquelle l'Organisation a été tenue directement ou indirectement responsable du fait de ses cocontractants.

*Projet d'article 4, paragraphe 2, en relation avec le projet d'article 5*

S'agissant des «entités» par l'intermédiaire desquelles une organisation peut agir, l'UNESCO note que le contenu de cette notion n'est pas suffisamment clarifié dans les commentaires des articles 4 et 5. L'UNESCO craint que la large acception du terme «agent», retenue inconditionnellement au paragraphe 2 de l'article 4, ne permette d'attribuer à une organisation le comportement d'entités publiques ou privées (universités, instituts de recherche, etc.) qui se trouvent être ses «contractants». L'UNESCO souscrit à l'opinion exprimée dans le commentaire de l'article 4, au sujet de la formule «le comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique» utilisée à l'article 5 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, selon laquelle «cette terminologie ne convient généralement pas dans le cas des organisations internationales[30]», mais, davantage d'explications sont nécessaires à cet égard afin de mieux définir le lien qui doit exister entre ces entités et l'organisation concernée.

Dans le cadre juridique de l'UNESCO, on peut évoquer les commissions nationales qui ne font pas partie de l'Organisation mais sont visées dans l'acte constitutif de celle-ci[31]. Il peut s'agir d'organismes publics, c'est-à-dire d'organes de l'État (généralement un département ou un service du ministère compétent d'un État membre), mais aussi d'organisations non gouvernementales. Dans le cadre d'accords spécifiques conclus conformément à la Charte des commissions nationales pour l'UNESCO, celles-ci peuvent se voir confier des tâches spécifiques par les organes de l'Organisation[32]. Les activités qui peuvent être sous-traitées à ces entités sont toutefois d'une nature très différente et, à moins qu'un accord exprès soit conclu à cette fin, jamais l'UNESCO n'exerce de contrôle effectif sur leur comportement, puisqu'il s'agit d'entités totalement distinctes d'elle. Comme l'article 5 vise seulement les organes ou agents «mis à la disposition d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale», cette disposition ne semble pas valoir pour les commissions nationales pour l'UNESCO, en particulier lorsque l'agent mis à la disposition de cette dernière vient d'une organisation non gouvernementale. Les commissions nationales pourraient toutefois relever de la large définition du terme «agent» figurant au paragraphe 2 de l'article 4, dans lequel la condition de contrôle effectif n'est pas expressément formulée.

Une définition plus claire du lien entre les organisations et les entités extérieures à celles-ci susceptibles d'être considérées comme agissant en leur nom serait la bienvenue, car l'UNESCO est particulièrement exposée aux risques d'actions en responsabilité pour les actes d'entités juridiquement distinctes d'elle qui, également pour des raisons historiques, ont noué avec elle des relations étroites. Par exemple, il existe un certain nombre d'instituts et de centres (les «instituts et centres de catégorie 2»), qui sont soit des institutions nationales, soit des organisations intergouvernementales, étant placées «sous l'égide» de l'UNESCO. Ces entités ne font pas juridiquement partie de l'Organisation, mais elles sont associées à cette dernière par des accords officiels approuvés par la Conférence générale et peuvent contribuer à l'exécution du programme de l'UNESCO[33]. On peut aussi mentionner les clubs et associations pour l'UNESCO, créés dans le monde entier à la fin de la Seconde Guerre mondiale, pour faire mieux connaître les activités de l'Organisation. Il s'agit d'associations privées créées sous l'empire de la législation interne des États membres, et l'UNESCO n'a aucun contrôle direct sur elles. Toutefois, aussi bien les instituts et centres de catégorie 2 que les clubs sont autorisés à utiliser le nom et l'emblème de l'Organisation dans leurs activités de promotion.

L'UNESCO estime que seuls les actes de ses fonctionnaires ou experts en mission accomplis à titre officiel ainsi que les actes des entités considérées comme faisant partie intégrante de l'Organisation sont attribuables à celle-ci.

[29] Une copie de la sentence arbitrale était jointe à la communication de l'UNESCO.

[30] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 52, par. 72, commentaire du projet d'article 4, par. 12.

[31] Voir le paragraphe 2 de l'article VII de l'Acte constitutif de l'UNESCO: «Dans les pays où il en existe, les commissions nationales ou les organismes nationaux de coopération remplissent un rôle consultatif auprès de leur délégation nationale à la Conférence générale et du représentant de leur pays et de ses suppléants au Conseil exécutif ainsi qu'auprès de leur gouvernement pour tous les problèmes se rapportant à l'Organisation. Ils jouent le rôle d'organe de liaison pour toutes les questions qui intéressent l'Organisation» [UNESCO, *Textes fondamentaux* (Paris, 2004), disponible également à l'adresse suivante: www.unesco.org].

[32] Aux termes du paragraphe 2 de l'article II de la Charte des commissions nationales pour l'UNESCO adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO, «[s]elon les dispositions prises par chaque État membre, les commissions nationales peuvent, entre autres: *a*) assumer seules ou en collaboration avec d'autres organismes la responsabilité de l'exécution des projets de l'UNESCO dans leur pays et de la participation de leur pays à des activités sous-régionales, régionales ou internationales de l'UNESCO». Le paragraphe 4 de l'article III de ladite Charte dispose que les commissions nationales «doivent pouvoir contribuer efficacement à la mise en œuvre du programme de l'UNESCO: […] *b*) en se chargeant d'exécuter elles-mêmes certaines activités du programme de l'UNESCO». Aux termes du paragraphe 3 de l'article V, «[l]'UNESCO peut, grâce aux commissions nationales, prolonger et développer son action: *a*) en passant avec elles, en tant que de besoin, des contrats pour l'exécution d'activités prévues dans son programme» (ibid., p. 152 à 154).

[33] Voir «Principes et directives pour l'établissement et le fonctionnement des instituts et centres de l'UNESCO (catégorie 1) et des instituts et centres placés sous l'égide de l'UNESCO (catégorie 2)» [document 33 C/19 du 4 août 2005], disponible également à l'adresse suivante: www.unesco.org.

S'agissant des contractants, qu'il s'agisse de personnes privées ou d'entités de droit public ou privé ou de commissions nationales, leur comportement ne peut jamais être attribué à l'UNESCO ni engager la responsabilité de celle-ci en l'absence d'arrangements spécifiques les plaçant sous le contrôle de l'Organisation, ou à moins que l'Organisation n'ait par la suite avalisé leurs actes.

*Paragraphe 4*

L'UNESCO approuve la référence aux règles de l'organisation figurant au paragraphe 4 de l'article 4 en ce qui concerne la règle générale d'attribution d'un comportement. La définition figurant dans cette disposition est pour elle adéquate et elle souscrit à la décision d'élargir la définition figurant dans la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (art. 2, par. 1 *j*) de manière à couvrir, outre les «décisions» et les «résolutions», les «autres actes de l'organisation». Il existe à l'UNESCO un corpus de règles administratives détaillées qui régissent le fonctionnement de l'Organisation et contiennent des indications sur l'étendue des compétences et les fonctions de ses organes.

## F. Projet d'article 5. Comportement des organes ou agents mis à la disposition d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale

7. Le projet d'article 5 adopté à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-sixième session, en 2004, se lit comme suit:

*Article 5. 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[*].

[*] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 48, par. 71.

### Organisation internationale du Travail

Comme le Rapporteur spécial l'a indiqué dans son deuxième rapport, «[l]e gros de la pratique concernant l'imputation d'un comportement dans le cas d'un organe d'État placé à la disposition d'une organisation a trait aux forces de maintien de la paix» [*Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/541, par. 34]. L'OIT note qu'il s'agit d'une pratique largement répandue auprès des États membres ou d'autres organisations internationales qui mettent leurs propres agents à la disposition d'une organisation internationale comme l'OIT. Cette pratique est mentionnée dans les observations reçues d'INTERPOL [voir *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. F.1].

Le cadre juridique dans lequel les agents sont mis à la disposition de l'OIT peut créer deux situations différentes. La première est celle où le fonctionnaire national ou le fonctionnaire d'une autre organisation internationale devient agent de l'OIT. Dans ce cas de figure, l'OIT est alors responsable de la conduite de ce fonctionnaire du fait qu'il devient son agent.

La deuxième situation est celle qui se présente lorsque le fonctionnaire concerné demeure au service de l'État ou de l'organisation internationale qui le met à disposition. Ce type de détachement (qualifié également de «prêt» dans la terminologie du régime commun des Nations Unies) se fonde sur un arrangement entre l'État concerné et l'organisation internationale ou entre les deux organisations. La question du contrôle effectif exercé sur le comportement du fonctionnaire n'est pas aussi évidente. Le statut officiel du fonctionnaire dépend de ses conditions d'emploi auprès de l'organisation ou de l'État d'envoi qui demeure responsable de toutes les dépenses liées à l'emploi du fonctionnaire telles que rémunération, congés, prestations, assurance maladie, pension, assurance contre les accidents du travail, etc. L'État ou l'organisation d'envoi conserve généralement sa compétence pour les questions disciplinaires.

Le fonctionnaire est toutefois placé sous l'autorité administrative d'un fonctionnaire de l'OIT, bénéficie des mêmes installations que le personnel ordinaire de l'OIT concernant l'espace de travail, le matériel informatique et autres outils indispensables à l'exercice de ses fonctions à l'OIT. Il est tenu de respecter les normes de conduite et les autres règles auxquelles sont soumis les fonctionnaires de l'OIT dans la limite des dispositions de l'arrangement pris entre l'organisation ou l'État d'envoi et l'OIT.

C'est pourquoi l'OIT souhaiterait des éclaircissements quant au sens de l'expression «contrôle effectif» dans le contexte du projet d'article 5.

## G. Projet d'article 6. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

8. Le projet d'article 6 adopté à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-sixième session, en 2004, se lit comme suit:

***Article 6. 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 outrepasse la compétence de cet organe ou de cet agent ou contrevient à ses instructions[*].

[*] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 49, par. 71.

### Organisation internationale du Travail

L'OIT approuve le principe qui veut qu'une organisation internationale soit tenue pour responsable du comportement *ultra vires* de ses organes ou agents lorsque ce comportement outrepasse les compétences dudit organe ou agent en vertu des règles de l'organisation ou a fortiori lorsque ce comportement outrepasse la compétence de l'organisation elle-même aux termes de son acte constitutif. Une distinction doit toutefois être faite entre ces deux cas de figure. Lorsque le comportement outrepasse les attributions d'un organe ou d'un agent mais ne dépasse pas la compétence de l'organisation, la situation

est la même qu'en cas de comportement *ultra vires* des organes d'un État; les tiers ont besoin d'être protégés car ils ne sont pas censés connaître les règles intérieures de l'État ou l'organisation qui définissent les compétences de l'organe ou de l'agent concerné. Il en va différemment en cas de comportement *ultra vires* de l'organisation internationale, contrairement à ce qui se passe avec les États qui eux jouissent de compétences générales. Étant donné que, dans une telle situation, les tiers n'ont pas autant besoin d'être protégés, il semblerait indiqué de faire figurer à l'article 6 des exceptions à la responsabilité de l'organisation calquées sur celles proposées par INTERPOL et le FMI [voir *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. G].

S'agissant de la condition selon laquelle le comportement *ultra vires* de l'organisation suppose que l'organe ou l'agent de cette dernière agisse en sa qualité officielle, le Rapporteur spécial a noté que la formule «en cette qualité» était assez mystérieuse et vague [voir *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/541, par. 57]. S'il faut certainement définir dans la pratique des critères plus précis, il est à noter que, dans un autre contexte, celui de l'attribution des privilèges et des immunités, les organisations internationales ont déjà une longue et abondante pratique pour ce qui est de déterminer si un agent a ou non agi en sa qualité officielle car ce n'est que dans ce cas qu'il bénéficie de l'immunité juridictionnelle normalement accordée aux fonctionnaires ayant accompli des actes en leur qualité officielle.

## H. Projet d'article 8. Existence d'une violation d'une obligation internationale

9. Le projet d'article 8 adopté à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-septième session, en 2005, se lit comme suit:

*Article 8. 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[**].

[**] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 41, par. 205.

### Commission européenne

Le paragraphe 1 de l'article 8 et les articles 9, 10 et 11 du présent projet sont identiques au paragraphe 1 de l'article 12 et aux articles 13, 14 et 15 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[34]. Il n'est donc pas nécessaire de s'écarter des règles valables pour les États à cet égard et la Commission européenne ne fera pas d'observations à ce sujet.

Le paragraphe 2 de l'article 8, relatif à «la violation d'une obligation relevant du droit international énoncée par une règle de l'organisation», pose cependant certaines questions. L'article ne précise nullement quel type de règles de l'organisation internationale constitue une «obligation relevant du droit international». Il est certain, dans le cas de la Communauté européenne, qu'une question importante se pose, à savoir si la violation d'une règle particulière de la Communauté par une institution communautaire entraîne la responsabilité internationale de la Communauté européenne. La Cour européenne de Justice ayant, depuis les années 1960, toujours considéré la Communauté européenne comme constituant un ordre juridique propre, on serait tenté, au sein de la Communauté, de répondre par la négative à cette question (on pourrait en dire autant de la violation d'une règle particulière de la Communauté par un État membre). Le commentaire du projet d'articles peut être d'un certain intérêt à cet égard, puisqu'il indique que l'article ne vise pas à prendre position dans ce débat opposant ceux qui considèrent que le droit «interne» des organisations internationales est autonome, en tout ou en partie, par rapport au droit international, et ceux qui estiment qu'il fait partie intégrante du droit international. Reste néanmoins à savoir si le paragraphe 2 de l'article 8 est une disposition essentielle du projet d'articles.

### Organisation internationale du Travail

Le paragraphe 2 du projet d'article 8 dispose que «le paragraphe 1 s'applique également à la violation d'une obligation relevant du droit international énoncée par une règle de l'organisation». En laissant sans solution la question controversée de la nature juridique des règles de l'organisation internationale, cette disposition ne semble pas contribuer à la sécurité juridique à laquelle aspirent les organisations internationales. D'autre part, la nature juridique de ces règles peut ne pas être déterminante dans la mesure où ces organisations disposeraient de deux moyens de limiter considérablement la portée de leur éventuelle responsabilité internationale pour non-respect d'une de leurs règles.

Le premier de ces moyens consisterait à appliquer pleinement le principe *lex specialis derogat legi generali*. Dans son commentaire relatif au projet d'article 8, la Commission fait remarquer que «[l]es règles d'une organisation peuvent réserver un traitement spécifique aux violations d'obligations et réglementer la question de l'existence d'une violation[35]». Alors que la Commission donne deux exemples où les règles spéciales ne l'emportent pas forcément sur les principes énoncés dans les projets d'article, l'OIT considère que l'immense majorité des violations à ses règles internes, notamment ses différents règlements administratifs, qui pourraient être commises n'engagerait pas sa responsabilité aux termes des projets d'article car les obligations qui en relèvent sont uniquement créées, respectées et parfois appliquées dans le cadre juridique spécial qui lui est propre et dont elles font elles-mêmes partie. Le statut du personnel de l'OIT en est un exemple parfait. Le fait qu'il est adopté par le Conseil d'administration de l'OIT pour régir les relations entre l'Organisation et ses fonctionnaires et que la responsabilité engagée par ses règles ne peut être mise en œuvre que par le Tribunal administratif de l'OIT ne laisse aucune place à la responsabilité internationale au regard de la *lex generalis* codifiée par les projets d'article.

[34] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

[35] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 43, par. 206, commentaire du projet d'article 8, par. 7.

Le deuxième de ces moyens consisterait à faire en sorte que la personnalité morale propre à une organisation internationale soit intégralement prise en considération lorsqu'il s'agit de savoir si un État a le droit d'invoquer la responsabilité d'une organisation en cas de violation des règles de ladite organisation. Ainsi, si le secrétariat d'une organisation internationale occasionne une perte financière à sa propre organisation à cause du non-respect de ses règles financières (par exemple à l'occasion de placements ou d'achats), il devrait être admis que les obligations violées en l'espèce sont celles qui sont dues à l'organisation elle-même et non pas aux États membres qui contribuent à son budget. La personnalité morale des organisations internationales offre dans la pratique une double protection: elle évite aux États membres d'être tenus responsables par des tiers de leur comportement dans le cadre de l'organisation internationale (voir sur ce point, à la section L *infra*, les réponses aux questions posées par la Commission) mais elle empêche aussi les États membres de reprendre à leur compte des obligations qui sont dues en fait à l'organisation en tant que sujet distinct de droit international. Dans la pratique de l'OIT, les affaires du type mentionné plus haut seraient en principe portées à la connaissance du Conseil d'administration par le commissaire aux comptes, et le Directeur général assumerait la responsabilité politique de la perte subie tout en prenant des sanctions contre les fonctionnaires directement responsables.

À condition que la Commission prenne en considération les deux options envisagées plus haut lorsqu'elle se penchera sur la question concernant la *lex specialis* et l'invocation de la responsabilité d'une organisation internationale[36], les incertitudes suscitées par la formulation du paragraphe 2 du projet d'article 8 sembleraient acceptables.

### Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

S'agissant de la controverse sur la nature juridique des règles de l'organisation relativement au droit international, l'UNESCO note que lorsqu'elle a formulé le paragraphe 2 de l'article 8 sur l'existence d'une violation d'une obligation internationale, la Commission a choisi de laisser subsister la possibilité d'appliquer les principes énoncés dans le projet d'articles à l'examen aux violations des obligations découlant des règles de l'organisation. Sur ce point, l'UNESCO partage l'opinion exprimée par d'autres organisations, à savoir que les violations de telles obligations doivent être considérées comme relevant d'un régime particulier et donc être exclues du champ de l'étude.

Pour ce qui est de la relation entre une organisation et son personnel, la responsabilité de l'organisation pour violation de ses règles internes est établie dans le cadre de son ordre juridique interne qui prévoit en principe des recours juridiques. Il faut voir là un «régime autonome». Dans le cas de l'UNESCO, le Tribunal administratif de l'OIT, compétent pour connaître des plaintes faisant état de violations par l'Organisation de son statut ou Règlement du personnel est en mesure d'assurer la protection des droits fondamentaux des employés de l'UNESCO au cas où l'Organisation les violerait soit en méconnaissant le statut du personnel, soit en adoptant des dispositions statutaires incompatibles avec les principes généraux du droit de la fonction publique internationale (concernant par exemple les droits collectifs des associations du personnel).

S'agissant de la violation par une organisation internationale d'obligations dues à ses États membres découlant de ses règles internes, l'ordre juridique interne de l'Organisation prévoit généralement un système de contrôles et de contrepoids entre les organes qui devrait suffisamment protéger les droits des États membres tels qu'énoncés dans le traité constitutif. Si un État membre estime que l'Organisation a violé ces droits, il peut recourir aux mécanismes de règlement des différends prévus dans le traité qui a créé l'Organisation[37].

Dans ces conditions, l'UNESCO considère que le paragraphe 2 de l'article 8 n'est qu'une tautologie, puisqu'il affirme simplement que les principes énoncés dans le projet d'articles s'appliquent aussi aux violations des règles internes de l'organisation dans la mesure où celles-ci énoncent des obligations de droit international. Admettre cette possibilité ne donne aucune indication claire quant à la portée de la présente étude et les organisations internationales ne peuvent accepter un tel degré d'incertitude sur ce point fondamental.

### Organisation mondiale de la Santé

S'agissant de certains des articles que la Commission a adoptés à titre provisoire, l'OMS approuve la formulation du paragraphe 2 de l'article 8 concernant la pertinence des règles de l'organisation quand il s'agit de déterminer l'existence d'une violation des obligations internationales de celle-ci. Comme le dit le commentaire de l'article 8, et comme l'ont fait observer certaines institutions, la nature juridique des règles d'une organisation (telles qu'elles sont définies à l'article 4) et leurs relations avec le droit international sont des questions complexes qui ne se prêtent pas à des solutions globales. D'une manière générale, le fait que les obligations qu'impose à une organisation son propre règlement soient ou non considérées comme des obligations internationales dépend, de l'avis de l'OMS, de la source et de la matière des règles dont il s'agit. S'il est indubitable que les obligations découlant directement de l'acte constitutif de l'organisation et s'imposant à ses États membres sont de nature internationale, on ne peut dire la même chose, de l'avis de l'OMS, des obligations que font naître entre l'organisation et ses fonctionnaires le statut et le règlement du personnel. La solution adoptée au paragraphe 2 de l'article 8 semble donc offrir une solution de compromis acceptable sur ce point.

[36] Les dispositions correspondantes du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite sont les articles 55 et 42, respectivement [*Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 29 et 31].

[37] Voir le paragraphe 2 de l'article XIV de l'Acte constitutif de l'UNESCO, aux termes duquel «[t]outes questions et tous différends relatifs à l'interprétation de la présente Convention seront soumis pour décision à la Cour internationale de Justice ou à un tribunal arbitral, selon ce que décidera la Conférence générale conformément à son Règlement intérieur».

## I. Projet d'article 15. Décisions, recommandations et autorisations adressées aux États membres et organisations internationales membres

10. Le projet d'article 15 adopté à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-septième session, en 2005, se lit comme suit:

*Article 15. 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[*].

[*] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 41, par. 205.

### Commission européenne

La Commission européenne note avec intérêt la façon dont la CDI a abordé la question du «contrôle normatif» des décisions, recommandations et autorisations des organisations internationales dans son projet d'article 15. Elle partage l'avis du Président du Comité de rédaction, selon lequel le libellé de cette disposition ne peut trouver à s'inspirer d'aucun exemple concret univoque. Aussi suggère-t-elle à la CDI de faire preuve d'une grande circonspection dans les discussions qu'elle aura à l'avenir sur ce sujet.

La Commission européenne accueille avec satisfaction le fait que l'article 15 établit une distinction entre les décisions obligatoires d'une organisation internationale (par. 1) et de simples autorisations ou recommandations (par. 2). L'idée sous-jacente est qu'une organisation internationale ne peut être tenue responsable à raison de faits de ses États membres, si ceux-ci n'étaient pas tenus par l'organisation d'adopter telle ou telle mesure, mais ont décidé de leur propre chef d'agir ainsi, indépendamment de toute autorisation ou recommandation de l'organisation internationale.

Il se peut cependant que la distinction doive être affinée davantage. Pour prendre un exemple tiré du droit communautaire, en vertu de l'article 249 du Traité instituant la Communauté économique européenne, la législation secondaire de la Communauté peut être obligatoire dans son intégralité et directement applicable à tous les États membres (règlements) ou uniquement obligatoire quant au résultat à atteindre (directives) ou obligatoire uniquement à l'égard de ceux auxquels elle est adressée (décisions). Autrement dit, une obligation de résultat (comme c'est le cas d'une directive) est très proche d'une décision obligatoire, mais elle laisse néanmoins une certaine marge d'appréciation aux États membres d'une organisation. C'est pourquoi les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 15 pourraient appeler sur ce point certaines précisions.

Pour en revenir au paragraphe 1 de l'article 15, la décision d'une organisation internationale obligeant les États membres à commettre un fait internationalement illicite doit également «contourner» une obligation internationale de l'organisation internationale. La Commission européenne se demande cependant si la notion de «contournement» est indispensable, eu égard à la cinquième observation formulée dans le commentaire de la CDI elle-même au sujet de l'article 15. Si, pour reprendre les termes du commentaire, les membres sont censés se conformer à une décision contraignante[38], c'est la notion même de contournement qui peut s'avérer superflue. À la dernière ligne du paragraphe 1 de l'article 15, il faudrait peut-être remplacer l'expression «la soustrairait à une obligation internationale» par l'expression «constituerait une violation d'une obligation internationale». Par ailleurs, si l'on estime que l'idée qu'une décision obligeant à commettre un fait internationalement illicite se limite au seul domaine du droit de l'Organisation mondiale du commerce et ne s'impose pas en droit international général ou dépend de toute façon de ce que la législation dispose effectivement, alors la notion de contournement est sans objet au paragraphe 1 de l'article 15. La CDI devrait peut-être revoir par la suite cet article et le commentaire qui l'accompagne, à l'effet d'élucider cette question.

### Organisation internationale de police criminelle

Le Secrétariat général d'INTERPOL souhaite réitérer ses préoccupations et ses réserves au sujet de la règle énoncée dans le projet d'article 15, particulièrement en ce qui concerne la responsabilité des organisations internationales pour fait commis par leurs membres en s'appuyant sur une recommandation adoptée par elles. À la connaissance du Secrétariat général, il n'est jamais arrivé qu'une organisation internationale ordonne ou recommande sciemment à ses membres de commettre un fait internationalement illicite, et ait eu un comportement qui puisse être invoqué à l'appui de la règle proposée par la Commission. Le fondement conceptuel de la règle proposée n'est pas non plus très clair, en particulier pour ce qui a trait au fait commis en s'appuyant sur une simple recommandation d'une organisation internationale. Pour INTERPOL, la situation se complique encore du fait de l'article 9 de son Statut, qui dispose que «[l]es Membres doivent faire tous les efforts compatibles avec leurs propres nécessités pour mettre à exécution les décisions de l'Assemblée générale».

En outre, le libellé du projet d'article 15 donne à entendre que la règle proposée serait d'application même dans le cas d'une recommandation concernant une question qui ne relève pas de la compétence de l'organisation. INTERPOL pourrait difficilement accepter un tel effet, étant donné que l'alinéa *f* de l'article 8 de son statut limite expressément le pouvoir d'adopter des recommandations de l'Assemblée générale aux questions relevant de la compétence de l'Organisation.

[38] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 47, par. 206, commentaire du projet d'article 15, par. 5.

Organisation internationale du Travail

Il est à noter qu'aux termes du paragraphe 1 du projet d'article 15, une organisation internationale engage sa responsabilité internationale du seul fait qu'elle adopte une décision obligeant un État membre ou une organisation internationale membre à commettre un fait illicite précis même si le fait en question n'a pas été effectivement commis par l'État membre; d'après cette formulation, l'acte consistant tout au plus à créer une obligation internationale non conforme semblerait insuffisant en soi, surtout lorsque l'État membre peut invoquer l'illicéité pour justifier son refus de s'exécuter. L'une des deux conditions permettant de conclure à l'existence d'un fait internationalement illicite imputable à une organisation internationale est que le comportement en question «constitue une violation d'une obligation internationale de cette organisation». L'OIT se demande si le simple fait d'adopter la décision contraignante mentionnée plus haut sans que l'acte soit effectivement commis par l'État constitue une violation d'une obligation internationale de l'organisation concernée. En revanche, la commission d'un acte s'appuyant sur une autorisation ou une recommandation dans les conditions prévues au paragraphe 2 du projet d'article 15, bien qu'en apparence raisonnable, semblerait contredire le postulat de départ qui veut que le principal motif d'illicéité soit exposé au paragraphe 1.

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

D'un point de vue général, l'UNESCO approuve la structure et le libellé de cet article. Toutefois, des explications supplémentaires sur les situations susceptibles de relever de cette disposition seraient les bienvenues.

En particulier, l'UNESCO estime que le champ d'application du paragraphe 2 de l'article 15 devrait être explicité, éventuellement dans le commentaire, s'agissant en particulier de l'expression «un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale»: les deux propositions renvoient-elles nécessairement à la même obligation internationale?

Organisation mondiale de la Santé

Le projet d'article 15 traite d'une question qui pourrait être politiquement délicate pour les organisations internationales, en particulier pour une institution technique comme l'OMS dont les fonctions normatives prennent essentiellement la forme de recommandations formulées soit par ses organes directeurs, soit par son secrétariat, à l'intention de ses États membres. L'OMS est sensible à l'argument qui figure au paragraphe 1 du commentaire de cet article[39], à savoir qu'une organisation internationale ne devrait pas pouvoir sous-traiter l'exécution d'actes qui seraient illicites si elle les exécutait elle-même directement. Cela dit, l'OMS a du mal à imaginer une situation qui tomberait en pratique sous le coup du paragraphe 2 de l'article 15, surtout lorsque le comportement de l'État ou de l'organisation internationale auquel l'autorisation ou la recommandation est adressée n'est pas illicite, comme le prévoit le paragraphe 3 du même article. L'OMS prend note des déclarations reproduites dans le rapport du Rapporteur spécial et de la position adoptée par certaines organisations internationales dans leurs observations, à savoir qu'une organisation internationale ne doit pas être tenue responsable des actes commis par ses membres à raison d'une autorisation ou d'une recommandation qu'elle leur aurait adressée. Il serait donc opportun de réviser le moment venu le commentaire de l'article 15 afin de donner des exemples précis des situations auxquelles la Commission semble songer.

[39] Ibid, par. 206.

## J. Circonstances excluant l'illicéité. Considérations générales

Organisation internationale de police criminelle

Les tribunaux administratifs internationaux ont examiné la question des circonstances excluant l'illicéité des faits commis par les organisations internationales. La jurisprudence de ces tribunaux confirme que les circonstances excluant l'illicéité sont partie intégrante du droit de la responsabilité pour violation d'une obligation internationale. Il est donc légitime d'envisager d'inclure cette question dans le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite.

Il n'est cependant sans doute pas inutile de préciser l'emploi des termes et d'examiner si les distinctions établies par la Commission dans les dispositions correspondantes de son projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, à savoir le consentement, les contre-mesures, la force majeure, la détresse, l'état de nécessité et le respect de normes impératives, sont entièrement transposables à la responsabilité des organisations internationales. Dans ce cadre, le Secrétariat général d'INTERPOL souhaite rappeler trois jugements de tribunaux administratifs.

### 1. *Jugement n° 24 du Tribunal administratif de l'Organisation des États américains*[40]

Dans cette affaire, le réclamant en appelait de la décision de l'Organisation des États américains (OEA) de le relever de ses fonctions de Directeur de bureau du Secrétariat général et de mettre fin à son contrat avec l'Organisation, pour des raisons dont il était allégué qu'elles étaient de force majeure et qu'elles étaient connues du réclamant, mais indépendantes de la volonté de l'Organisation. Rejetant l'argument du défendeur, le Tribunal a adopté une définition restrictive de la notion de force majeure, tout en donnant à entendre que l'impossibilité pouvait également constituer une circonstance excluant l'illicéité:

> Le Tribunal considère qu'il n'existait pas en l'instance de force majeure qui empêchât le Secrétariat général de mener à terme le contrat de durée déterminée, étant donné qu'il est bien établi en droit que l'on entend par force majeure un événement naturel devant lequel aucune résistance n'est possible. Il n'était pas non plus impossible d'exécuter le contrat pour des raisons extérieures au Secrétariat général.

[40] *Fernando Hernández de Agüero v. Secretary General of the Organization of American States*, jugement n° 24. Les jugements du Tribunal administratif de l'OEA peuvent être consultés à l'adresse suivante: www.oas.org.

### 2. *Jugement n° 339 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail*[41]

Dans cette instance, le Tribunal administratif de l'OIT a répondu de manière incidente à la question de savoir si la détresse financière résultant d'autres causes que le non-paiement par les États membres de leurs contributions à une organisation peut être considérée comme une circonstance excluant l'illicéité. Le requérant avait accepté une offre de contrat de consultant auprès de l'organisation concernée. Le projet pour lequel le requérant devait travailler était un projet du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD). Lorsque, en raison de difficultés financières, le PNUD a dû suspendre ou annuler des affectations de crédits, les fonds affectés au contrat du requérant ont été supprimés. L'Organisation l'a alors informé que son offre d'engagement était annulée. Le Tribunal de l'OIT a fait droit à la demande du requérant dans les termes suivants:

> Il se peut qu'un événement tel que le retrait du financement par le PNUD [puisse] apparaître comme compromettant la capacité de l'Organisation de poursuivre l'exécution du contrat au point de constituer un motif raisonnable de le dénoncer. Mais il n'y a rien dans le dossier qui permette au Tribunal de dégager une conclusion quant à l'effet de ce retrait. Le PNUD n'est pas mentionné dans le contrat. Vraisemblablement, cet organisme devait payer en tout ou en partie le traitement du requérant, mais le dossier ne dit rien de précis quant aux arrangements financiers passés avec la FAO [Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture] et à la façon dont ils affectaient les moyens dont l'Organisation disposait pour financer l'exécution de ses contrats. Les seules communications émanant du PNUD qui aient été versées au dossier sont deux télégrammes. Le premier, en date du 22 janvier 1976, dit que le PNUD «n'est pas en mesure de donner son autorisation» pour trois mois des services de consultant envisagés et suggère le recours à une autre source. Le second, daté du 29 janvier, approuve un poste de consultant envisagé mais dit que l'organisme «n'est pas en mesure de donner son approbation» pour les trois autres mois des services de consultant du requérant. Il n'y a rien, dans tout cela, qui établisse un lien entre l'impossibilité d'approuver des mesures proposées et la situation financière. La décision de la FAO d'annuler les arrangements pris avec le requérant date du 17 février seulement; le retard donne à penser qu'il fallait considérer d'autres facteurs. Enfin, il y a une grande différence entre arrêter le recrutement et mettre prématurément fin à des contrats déjà conclus. Il y a lieu de présumer que le PNUD, sur la base des informations que l'Organisation lui avait fournies, croyait que, dans le cas du requérant, il ne faisait qu'interrompre un recrutement supplémentaire; il ne s'ensuit pas qu'il aurait agi de la même façon dans le cas d'un contrat conclu.

### 3. *Jugement n° 2183 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail*

Dans cette affaire, la requérante était en congé de maladie prolongé et personne n'avait accès à sa messagerie électronique. Son superviseur immédiat a demandé l'accès au compte informatique de la requérante, lu ses messages électroniques et affirmé qu'il avait séparé le courrier professionnel du courrier privé, qu'il avait placé dans un fichier séparé. Mise au courant de ce qu'elle a appelé une «atteinte au secret de sa correspondance», la requérante a porté plainte auprès du Directeur de l'administration. Non satisfaite de la réponse reçue, elle l'a contestée. L'Organisation a invoqué la nécessité. Le Tribunal administratif de l'OIT a rejeté la requête en appliquant aux faits de l'affaire les principes suivants:

> En premier lieu, la réglementation du CERN applicable à l'époque des faits [indique que]:
>
> […] «Les services informatiques, y compris les réseaux, ne doivent pas être utilisés à d'autres fins que le programme de travail officiel du CERN, sauf accord spécial.»
>
> Mais la défenderesse reconnaît qu'au CERN, comme c'est le cas dans d'autres organisations, il existe une tolérance concernant l'usage des adresses électroniques à des fins privées dans des limites appropriées, «pour autant qu'il ne soit pas préjudiciable au bon fonctionnement de l'Organisation».
>
> En deuxième lieu, le principe de la confidentialité des messages privés figurant dans un compte à usage professionnel doit être respecté.
>
> En troisième lieu, 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[42].

Bien que le Tribunal ait utilisé l'expression «état de nécessité», il est possible de soutenir que le critère énoncé à l'alinéa *a* de l'article 16 du projet d'articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[43] n'était pas rempli en l'espèce.

## Organisation internationale du Travail

Sans préjudice de ses observations éventuelles sur les résultats des travaux à venir de la Commission concernant les circonstances excluant l'illicéité, l'OIT estime que les organisations internationales peuvent invoquer de telles circonstances qui sont reconnues par le droit international général. Elle est d'avis que la nature particulière des organisations internationales devrait être dûment prise en considération dans la codification de ces règles.

En réponse à la question de savoir si l'état de nécessité peut être invoqué par une organisation internationale dans les mêmes circonstances que celles décrites à l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[44], l'OIT n'a pas connaissance de l'existence d'une pratique digne d'être mentionnée en la matière. Elle convient que l'état de nécessité ne peut être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles et ne s'applique que dans des conditions très précises, notamment lorsqu'il s'agit de «sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent[45]». Compte tenu de la diversité des mandats et fonctions des organisations internationales ainsi que de tout l'éventail d'«intérêts essentiels» invoqués dans la pratique des États pour justifier une telle demande[46], l'OIT est d'avis que les organisations internationales ne doivent pas être privées de la possibilité de ce faire. Elle aimerait que la Commission se demande si les organisations internationales peuvent invoquer dans ce cas les «intérêts essentiels» consacrés dans leurs actes constitutifs[47].

---

[41] Les jugements du Tribunal administratif de l'OIT peuvent être consultés à l'adresse suivante: www.ilo.org.

[42] Voir *supra* la note 41.

[43] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

[44] Ibid., p. 28.

[45] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie*), arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7 et suiv., en particulier p. 40, par. 50.

[46] Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, p. 183.

[47] Voir la réponse de la Commission européenne dans *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. M.1.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ÉDUCATION, LA SCIENCE ET LA CULTURE

En ce qui concerne l'applicabilité aux organisations internationales du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite s'agissant des circonstances excluant l'illicéité, les dispositions en question peuvent en principe être transposées aux fins de la présente étude.

Si les articles sur le consentement, la légitime défense, la détresse et la force majeure ne semblent pas poser de problèmes particuliers, l'applicabilité *mutatis mutandis* des dispositions relatives aux contre-mesures et à l'état de nécessité semble plus problématique.

S'agissant des contre-mesures, l'UNESCO estime que, si la question des contre-mesures est traitée dans l'étude, elle doit être nettement distinguée de celle des sanctions qui peuvent être adoptées par une organisation contre ses propres États membres.

Pour ce qui est de l'état de nécessité, l'UNESCO souscrit à la position adoptée par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport (A/CN.4/564 et Add.1 et 2, par. 35 à 46)[48], à savoir qu'une référence à l'acte constitutif serait trop restrictive pour définir l'«intérêt essentiel» qu'une organisation peut avoir besoin de protéger contre un péril grave et imminent. L'UNESCO estime que la référence aux «fonctions» de l'organisation, qui figure dans le projet d'article 22 proposé, définirait de manière plus appropriée la portée de cette disposition.

## K. Circonstances excluant l'illicéité. État de nécessité

11. Dans son rapport de 2004, la Commission a posé la question suivante concernant l'état de nécessité:

> *b*) Parmi les circonstances excluant l'illicéité, l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite est consacré à l'«état de nécessité» qu'un État peut invoquer sous certaines conditions, et en premier lieu si le «fait non conforme à l'une [des] obligations internationales [de cet État] […] constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent». Une organisation internationale pourrait-elle invoquer l'état de nécessité dans des circonstances similaires*?

* *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 15, par. 25.

BANQUE MONDIALE

Dans le projet d'articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, l'état de nécessité est reconnu comme une circonstance excluant l'illicéité, mais uniquement dans des cas exceptionnels et dans des limites très strictes: conformément au projet d'article 25[49], un État ne peut invoquer l'état de nécessité que si *a*) c'est pour lui le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent, et si *b*) cela ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation violée existe ou de la communauté internationale dans son ensemble. En outre, l'état de nécessité ne peut être invoqué par un État qui y a contribué ou en violation d'une obligation excluant la possibilité de l'invoquer.

Dans ces strictes limites, on voit mal pourquoi une organisation internationale ne pourrait pas elle aussi invoquer l'état de nécessité. L'une des conditions fondamentales pour invoquer l'état de nécessité est la sauvegarde d'un «intérêt essentiel». Les organisations internationales ayant une personnalité juridique distincte de celle de leurs États membres et étant donc des sujets de droit distincts, on ne saurait nier, a priori, qu'elles aussi ont des intérêts essentiels à sauvegarder conformément à leurs instruments constitutifs.

La pertinence des circonstances exceptionnelles dans les opérations de la Banque mondiale est confirmée par certaines clauses des conditions générales qui sont incorporées dans les accords financiers de la Banque et auxquelles il peut être fait référence ici par analogie. La section 6.02 *e* des conditions générales applicables aux accords de prêt et de garantie pour les prêts en monnaie unique (datées du 30 mai 1995, telles que modifiées avec effet jusqu'au 1er mai 2004) prévoit la possibilité de suspendre en tout ou en partie le droit de l'emprunteur d'effectuer des retraits du compte de prêt si

> [à] la suite de faits survenus après la date de l'accord de prêt, une situation exceptionnelle se produit qui rend improbable l'exécution du projet ou l'exécution par l'emprunteur ou par le garant des obligations résultant de l'accord de prêt ou de l'accord de garantie.

De même, la section 6.02 *k* des conditions générales applicables aux accords de prêt et de garantie pour les prêts à spread fixe (datées du 1er septembre 1999, telles que modifiées avec effet jusqu'au 1er mai 2004) prévoit la possibilité d'une suspension si

> [u]ne situation exceptionnelle se produit qui rend tout nouveau retrait au titre du prêt incompatible avec les dispositions de l'article III, section 3 des statuts de la Banque[50].

Enfin, s'agissant du péril justifiant l'invocation de l'état de nécessité, la Cour internationale de Justice, dans l'affaire du *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, a indiqué que le péril devait être objectivement établi et pas seulement considéré comme possible, et qu'un «péril» s'inscrivant dans le long terme pouvait être tenu pour «imminent» dès lors qu'il avait été établi[51]. Cette dernière clarification

[48] Reproduit dans le présent volume.

[49] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 28.

[50] L'article III, sect. 3, est ainsi rédigé: «L'encours total des garanties, participations à des prêts et prêts directs accordés par la Banque ne pourra être augmenté si l'accroissement doit le porter au-delà de 100 % du capital souscrit diminué des pertes et augmenté des réserves générales et spéciales de la Banque.»

[51] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7 et suiv., en particulier p. 42, par. 54: «Le mot "péril" évoque certes l'idée de "risque"; c'est précisément en cela que le "péril" se distingue du dommage matérialisé. Mais il ne saurait y avoir d'état de nécessité sans un "péril" dûment avéré au moment pertinent; la seule appréhension d'un "péril" possible ne saurait à cet égard suffire. Il pourrait d'ailleurs difficilement en aller autrement dès lors que le "péril" constitutif de l'état de nécessité doit être à la fois "grave" et "imminent". L'"imminence" est synonyme d'"immédiateté" ou de "proximité" et dépasse de loin le concept d'"éventualité". Comme l'a souligné la Commission du droit international dans son commentaire, le péril "extrêmement grave et imminent" doit s'être "trouvé peser au moment même sur l'intérêt menacé" […]. Cela n'exclut pas, de l'avis de la Cour, qu'un "péril" qui s'inscrirait dans le long terme puisse être tenu pour "imminent" dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable.»

est de la plus grande importance pour la pratique de la Banque mondiale dans laquelle des périls imminents peuvent surgir dans le contexte d'engagements financiers à long terme. Elle devrait donc, de l'avis de la Banque mondiale, être reflétée dans le texte de l'article pertinent qui sera adopté par la Commission ou, tout au moins, dans le commentaire sur cet article.

Compte tenu de ce qui précède, la Banque mondiale estime que le projet de la Commission:

*a*) devrait indiquer que l'état de nécessité, en tant que l'une des circonstances excluant l'illicéité, peut être invoqué par une organisation internationale dans des circonstances analogues à celles dans lesquelles un État peut l'invoquer pour sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent; et

*b*) devrait expressément indiquer, de préférence dans le texte de l'article pertinent, ou tout au moins dans le commentaire sur cet article, qu'un péril s'inscrivant dans le long terme pourrait être tenu pour imminent dès lors qu'il est avéré.

## L. Responsabilité des États pour les faits internationalement illicites d'organisations internationales

### Commission européenne

Pour ce qui est des questions posées au paragraphe 26 du rapport de 2005 de la CDI (voir cidessus, paragraphe 1 de l'introduction), la Commission européenne ne voit vraiment pas pourquoi la CDI devrait traiter ces questions. Le projet d'articles concerne la responsabilité internationale d'une organisation internationale. Comme le projet d'article 16 le précise, ce projet est sans préjudice de la responsabilité internationale de l'État, ce qui comprend l'État membre de l'organisation internationale en question. Les règles en vigueur concernant la responsabilité de l'État peuvent très bien s'appliquer par analogie lorsqu'un État n'aide ou n'assiste pas un autre État mais une organisation internationale à commettre un fait internationalement illicite.

En revanche, la Commission européenne a trouvé dans sa pratique des affaires dans lesquelles la Communauté européenne était réputée responsable pour avoir aidé ou assisté des États tiers dans la commission d'un fait internationalement illicite, ce qui aurait entraîné la responsabilité internationale de la Communauté elle-même. Ainsi, un tribunal d'un État tiers a eu à connaître d'une affaire dans laquelle la Communauté se voyait reprocher d'avoir financé des activités illicites d'un organe public dont le personnel aurait causé la mort de membres de la famille du demandeur. Dans une telle situation, il conviendrait d'appliquer, pour le déclenchement de la responsabilité internationale, un seuil aussi élevé, par analogie, que celui retenu pour l'assistance ou l'aide apportée par un État au titre de l'article 16[52] du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. En conséquence, l'assistance ou l'aide apportée pour la commission d'un fait internationalement illicite ne pourrait engager la responsabilité internationale d'une organisation internationale qu'à la double condition:

*a*) que l'organisation internationale en question agisse en connaissant parfaitement les tenants et les aboutissants du fait internationalement illicite;

*b*) que le fait soit internationalement illicite s'il était commis par ladite organisation internationale.

### Organisation internationale de police criminelle

S'agissant de la responsabilité des États à raison d'un fait illicite d'une organisation internationale, il y a lieu de penser − à moins que la Commission ne compte intégrer à terme les différents aspects de la responsabilité pour fait internationalement illicite dans un cadre global unique – qu'il s'agit là d'une incursion dans le domaine de la responsabilité des États plutôt que dans celui de la responsabilité des organisations internationales. Les questions que pose la Commission révèlent une conséquence du fait que la responsabilité internationale est généralement examinée par rapport aux États en tant que sujets normaux de droit international. Examiner la responsabilité des organisations internationales revient à reconnaître que celles-ci sont des sujets de droit international. La responsabilité internationale est cependant sur le fond une question plus large, inséparable de celle de savoir quelle partie est débitrice de l'obligation juridique internationale qui a été violée. En d'autres termes, tout fait internationalement illicite (qu'il soit commis par un État, une organisation internationale, une personne physique ou une personne morale au plan national) relève du droit de la responsabilité internationale. Théorie et expérience montrent donc que la question dépasse la seule responsabilité des États à raison du fait illicite d'une organisation internationale. Par conséquent, traiter isolément cette responsabilité pourrait se révéler indûment sélectif.

Les considérations qui précèdent s'éclairent si l'on examine de plus près les deux questions posées, à savoir: *a*) si les projets d'article devraient comprendre une disposition concernant l'aide ou l'assistance fournie par un État à une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite; et *b*) s'il y a des cas où un État pourrait être tenu responsable du fait internationalement illicite d'une organisation internationale dont il est membre. Comme expliqué plus loin, ces questions devraient être traitées dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

#### *1. Aide ou assistance, directives et contrôle*

Les articles 16 et 17 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[53] sont, selon INTERPOL, d'une portée trop restrictive. Ils ne visent en effet que les cas où un État aide ou assiste un autre État, donne à un autre État des directives ou exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier, mais non les cas où l'aide, l'assistance, les directives ou le contrôle visent un autre sujet de droit international, comme une organisation internationale. Si les articles 16 et 17 n'étaient pas si restrictifs, il n'aurait pas été nécessaire de soulever la question de savoir si les articles sur la responsabilité des organisations internationales devraient contenir une disposition concernant l'aide

[52] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

[53] Ibid.

ou l'assistance fournie par un État à une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite, ou les directives données à une organisation internationale ou le contrôle exercé sur elle dans la commission d'un tel fait. Au vu du libellé restrictif des articles 16 et 17, la question posée par la Commission semble faire partie des questions relatives à la responsabilité des États qui, aux termes de l'article 56 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[54], continuent d'être régies par les règles de droit international applicables. À cet égard, il convient de rappeler que la formulation générale employée par la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[55] est suffisamment large pour s'étendre à l'aide ou l'assistance fournie, ou à la direction ou au contrôle exercé dans la commission par un autre sujet de droit international d'un fait internationalement illicite.

Partant, ce ne serait que dans le cas où aucune règle de droit international général ne disposerait que la responsabilité d'un État est engagée lorsqu'il aide ou assiste une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite, ou lorsqu'il lui donne des directives ou exerce un contrôle sur elle dans la commission d'un tel fait − ce dont il est permis de douter − qu'il existerait une lacune à combler par un développement progressif du droit. Fût-ce le cas, les articles sur la responsabilité des organisations internationales ne seraient pas le lieu approprié pour ce faire. On pourrait faire valoir qu'il ne convient pas de limiter la responsabilité des organisations internationales aux seuls cas où elles aident ou contraignent un État ou une autre organisation internationale à violer le droit international, ou exercent un contrôle sur lui à cette fin (voir les projets d'articles 12 à 14).

### *2. Responsabilité des membres*

Dans une certaine mesure, les éléments qui précèdent répondent partiellement à la question de savoir s'il y a des cas où un État pourrait être tenu responsable du fait internationalement illicite commis par une organisation internationale dont il est membre. Il est difficile d'imaginer des cas qui ne sont pas déjà visés par les dispositions. L'une des fonctions de l'article 57 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[56] est d'exclure du champ d'application des articles la responsabilité de l'État à raison du comportement d'une organisation internationale. Cependant, cette disposition n'exclut pas du champ d'application desdits articles la question de la responsabilité de l'État pour son propre comportement, c'est-à-dire un comportement qui lui est attribuable aux termes du chapitre II de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. À l'article 57, la Commission a expressément voulu exclure ces questions − bien qu'elles rentrent théoriquement dans le champ d'application des articles − étant donné qu'elles concernent des questions relatives à la responsabilité de l'État apparentées à celles qui sont visées au chapitre IV de la première partie. Le champ d'application de l'article 57 est donc étroit et ne comprend que ce que l'on appelle parfois la responsabilité indirecte ou subsidiaire des États membres pour les faits ou les dettes d'une organisation internationale[57].

Le Secrétariat général d'INTERPOL a déjà fait observer [*Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. M.2] que la situation qui pourrait résulter de l'abandon financier d'une organisation par ses membres mérite à cet égard réflexion. Dans son avis consultatif relatif à l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*[58], la Cour internationale de Justice a précisé que la fonction d'approuver le budget ne signifiait pas que l'organe plénier d'une organisation ait un pouvoir absolu d'approuver ou de ne pas approuver les dépenses qui lui sont proposées, car certains éléments de ces dépenses résultent d'obligations déjà encourues par l'organisation et, dans cette mesure, l'organe plénier n'a pas d'autre alternative que de faire honneur à ces engagements. Le refus des membres de permettre à l'organisation de faire honneur à ses engagements n'entre-t-il pas, toutefois, dans les prévisions de la disposition relative à la contrainte? L'affaire du Conseil international de l'étain est un cas singulier d'abandon pur et simple d'une organisation par ses membres, qui a abouti à son insolvabilité et à sa disparition. On peut imaginer qu'un tel abandon financier puisse engager la responsabilité des membres en vertu d'une règle analogue à l'article 18 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[59]. Outre cet exemple, cependant, on conçoit mal ce qui peut être visé par la notion de «responsabilité d'un État à raison d'un fait internationalement illicite d'une organisation internationale».

#### *a)* Lex specialis

L'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[60] et le paragraphe 3 de l'article 74 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales visent déjà les cas de *lex specialis* où le règlement d'une organisation prévoit expressément la responsabilité des États pour les faits internationalement illicites d'une organisation internationale dont ils sont membres. C'est le cas lorsque l'acte constitutif ou une autre règle de l'organisation prescrit que ses membres sont responsables, indirectement ou subsidiairement, des faits ou des dettes de l'organisation. Ainsi, le paragraphe 7 de l'article 300 du Traité instituant la Communauté économique européenne dispose que les accords conclus par la Communauté selon les conditions énoncées dans cet article lient les institutions de la Communauté et les États membres.

#### *b)* Pactum tertiis

De façon analogue, si le fait internationalement illicite d'une organisation internationale résulte de la violation par cette organisation d'une obligation qui lui est imposée par un accord international qu'elle a conclu avec un État

[54] Ibid., p. 31.

[55] *Usine de Chorzów (fond)*, arrêt no 13, *1928, C.P.J.I. série A, no 17*.

[56] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 31.

[57] Voir Crawford, op. cit., commentaire sur le projet d'article 57, p. 311, par. 5.

[58] Avis consultatif du 13 juillet 1954, *C.I.J. Recueil 1954*, p. 47 et suiv., en particulier p. 59.

[59] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

[60] Ibid., p. 31.

ou une autre organisation internationale, l'application des articles 34 et 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales a pour effet que les pays membres de l'organisation délinquante ne sont tenus responsables de la violation de l'obligation par l'organisation que si ces pays ont accepté de se porter garants du respect des obligations souscrites en vertu dudit accord.

*c) Défaut de financement*

L'une des situations qui sont citées dans la doctrine à l'appui de la responsabilité des États pour fait illicite d'une organisation internationale est celle où une organisation ne peut s'acquitter de ses obligations en raison d'un défaut de financement. Abstraction faite des obligations financières non régies par le droit international, la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux donne à penser que ces situations pourraient rentrer dans le cadre des circonstances excluant l'illicéité.

Deux jugements de tribunaux administratifs étayent cette thèse. L'un concerne une organisation dont les difficultés financières résultent de facteurs extrinsèques, l'autre une situation créée par le non-acquittement de leurs obligations financières par les membres de l'organisation.

Comme indiqué précédemment, le Tribunal administratif de l'OIT a répondu positivement, dans son jugement n° 339, à la question de savoir si la détresse financière résultant d'autres causes que le non-paiement par les États membres de leurs contributions à une organisation pouvait être considérée comme une circonstance excluant l'illicéité. Par ailleurs, dans sa décision n° 124, le Tribunal administratif de l'OEA a jugé que, lorsque la cause n'est pas extrinsèque mais réside dans le non-respect par les membres de leurs obligations financières, la détresse financière n'entraîne qu'une impossibilité temporaire d'exécution de l'obligation:

> Le Tribunal juge que l'Organisation a l'obligation de payer mais reconnaît en même temps que des *circonstances exceptionnelles constituant un cas de force majeure* peuvent temporairement l'empêcher de remplir l'obligation à laquelle elle est tenue juridiquement.
>
> Cela étant, le principe juridique retenu ici est qu'une obligation ne peut être effacée que de la manière prévue dans le système interne de l'Organisation et selon les principes généraux de droit tels que la renonciation, le paiement, la caducité et l'indemnisation, et non par un quelconque autre moyen comme le non-paiement de leurs contributions par les États membres.
>
> Compte tenu de ces deux facteurs conjoints − le non-paiement des contributions par les États membres et le caractère juridiquement contraignant de l'obligation − l'Organisation doit ouvrir un compte spécial au nom du personnel du Secrétariat général, confié à la gestion et à la responsabilité du Trésorier, afin de constituer un fonds de réserve pour les employés, qui servira uniquement et exclusivement à acquitter les prestations dues par l'Organisation aux membres du personnel. Ce fonds sera comptabilisé au budget et sera déboursé à mesure que les États membres *acquitteront* leurs obligations financières envers l'Organisation en versant leurs arriérés de contributions. Voir les articles 6 et 54 de la Charte et la résolution AG/RES.900 (XVII-O/87), dans laquelle l'Assemblée générale déclare que «le paiement des quotes-parts et des contributions est un engagement juridique pris par les États membres envers l'Organisation des États américains»; voir également «The mandatory nature of the General Assembly resolutions setting the quotas that the member States are to contribute to fund the OAS», document OEA/Ser.G/CP/doc.1907/88 du 7 juillet 1988, p. 1 et 2, établi par le Secrétariat général de l'OEA et soumis au Conseil permanent de l'Organisation. Voir aussi l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur «Certaines dépenses des Nations Unies (Charte, Art. 17, par. 2)» du 20 juillet 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*), également cité par le Secrétariat général de l'OEA dans le document susmentionné, dans lequel la Cour a confirmé le caractère obligatoire des quotes-parts fixées par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, et un mémorandum du Conseiller juridique de l'ONU en date du 7 août 1978, dans lequel il émet l'avis que l'article 17 de la Charte des Nations Unies «impose aux Membres l'obligation juridique de payer les quotes-parts fixées pour eux par l'Assemblée générale» (*Digest of United States Practice in International Law*, p. 225 et 226)[61].

Ce dernier jugement donne à penser que le droit international faisant obligation aux États membres d'une organisation internationale de payer les contributions fixées par l'organe compétent de l'organisation, il incombe à celle-ci de prendre des mesures pour faire face aux situations créées par le retard dans le paiement des contributions. Toutefois, l'obligation juridique de payer la quote-part fixée par l'organe compétent qui est inhérente à l'appartenance à une organisation internationale demeure *res inter alios acta* et ne paraît pas équivaloir à ce que l'on appelle responsabilité indirecte ou subsidiaire des États membres pour les faits ou les dettes d'une organisation internationale.

*d) Abandonner le principe général?*

Comme indiqué plus haut, il est difficile de voir quelles situations devraient entrer dans le cadre de la notion de responsabilité d'un État à raison du fait internationalement illicite d'une organisation internationale. Deux autres possibilités peuvent cependant être envisagées.

Premièrement, au regard du droit international général positif, la responsabilité d'un État à raison du fait internationalement illicite d'une organisation internationale réduit la portée des principes généraux énoncés aux chapitres I et III du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[62]. Le premier desdits articles dispose que tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale. De plus, l'article 13 stipule que le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit. Cependant, rien dans la pratique internationale n'étaye la thèse selon laquelle une règle coutumière limitant la portée de ces dispositions aurait vu le jour, qui aurait pour conséquence que l'État serait aussi responsable des faits internationalement illicites d'une organisation internationale dont il est membre. Même une interprétation très favorable de la sentence arbitrale en l'affaire *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization*[63] mènerait encore à conclure que le tribunal a, en fin de compte, jugé que les faits de l'Organisation arabe pour l'industrialisation étaient attribuables à ses États membres parce que l'Organisation se confondait à toutes fins pratiques avec eux. Ainsi, outre le fait que la justice suisse l'a, à juste titre, ultérieurement annulée[64], cette sentence d'arbitrage constitue en fait une application

---

[61] *Jairo Torres et al. v. Secretary General of the Organization of American States*, jugement n° 124, p. 31 (consultable à l'adresse suivante: www.oas.org).

[62] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et 27.

[63] Chambre internationale de commerce, Tribunal d'arbitrage, *International Law Reports*, vol. 80 (1989), p. 595.

[64] *Arab Organization for Industrialization and Others v. Westland Helicopters Ltd.*, ibid., p. 622 (Suisse, Tribunal fédéral).

des principes généraux énoncés au chapitre 1 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

En second lieu, il se peut que *de lege ferenda* l'adoption d'une règle apportant une exception aux principes généraux exprimés aux chapitres I et II des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite soit souhaitable. Cependant, au contraire des systèmes de droit interne, la communauté internationale ne dispose d'aucun processus juridique ou administratif de constitution en société ni d'aucune norme commune applicable à toutes les organisations internationales. Aussi l'élaboration d'une telle règle exigerait-elle l'examen des questions, fort nombreuses, qu'entraîne la diversité des organisations internationales. Pour n'en mentionner que quelques-unes: doit-on traiter les institutions bancaires multilatérales de la même manière que les organisations internationales non bancaires? le fait que certaines organisations soient intégrationnistes et d'autres pas doit-il être pris en compte? doit-on établir une distinction entre les types d'obligations? les mécanismes de contrôle interne de toutes les organisations remplissent-ils les conditions qui permettraient à une telle règle de fonctionner?

### Organisation internationale du Travail

*Question* a

La position de base de l'OIT concernant la question *a* est que les articles 16 à 18 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[65] ne peuvent pas être transposés dans les projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales à moins que leur champ d'application soit précisé de façon qu'ils ne s'appliquent qu'à la responsabilité qu'engagent les États membres lorsqu'ils agissent en dehors du cadre constitutionnel de l'organisation.

Pour pouvoir être appliqués à la responsabilité des organisations internationales, les articles 16 à 18 devraient supposer une collaboration ou une autre forme d'interaction entre un État et l'organisation internationale dans la commission d'un acte internationalement illicite par ladite organisation. À cet égard, il convient de bien marquer la différence qui existe entre les deux niveaux auxquels une organisation internationale peut avoir une interaction avec un État membre. D'une part, un État membre peut agir dans le cadre constitutionnel et selon les procédures de l'organisation. En tant que membre des organes de l'organisation, il participe à la prise des décisions collectives et notamment à l'adoption (ou à la non-adoption) des instruments juridiques de l'organisation. En tant que membre, il s'acquitte également de ses obligations fondamentales en vertu de l'acte constitutif de l'organisation, telles que le paiement des contributions mises en recouvrement. D'autre part, un État membre peut avoir avec une organisation une interaction qui va au-delà de ses obligations constitutionnelles en tant que membre de l'organisation; dans ce cas, l'État et l'organisation entretiennent des rapports de sujets indépendants de droit international dont les relations sont régies entre autres par toute règle de ce droit applicable à ces relations. C'est le cas qui se présente lorsqu'un État verse des fonds extrabudgétaires à l'organisation pour financer des activités de coopération technique ou accepte d'être le bénéficiaire de telles activités, ou lorsqu'il offre d'accueillir son siège, ses bureaux ou ses réunions et lui accorde des privilèges et des immunités.

Dans son commentaire relatif à l'article 57 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[66], la Commission avance qu'un État peut voir sa responsabilité internationale engagée du fait de sa qualité de membre d'une organisation internationale, ce qui semblerait indiquer que les États membres agissant dans le cadre constitutionnel d'une organisation peuvent être tenus responsables des conséquences de faits internationalement illicites commis par cette organisation. Si les articles 16 à 18 sur la responsabilité des États étaient transposés *mutatis mutandis* dans les projets d'article relatifs à la responsabilité des organisations internationales, une telle conséquence serait effectivement envisageable. Du point de vue de l'OIT, elle ne refléterait pas pour autant la coutume ou la pratique en la matière.

Comme l'a fort justement noté l'Institut de droit international dans une résolution de 1995, «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[67]». À moins que les actes constitutifs de l'organisation concernée n'en disposent autrement ou bien encore que les États membres concernés n'y consentent, la responsabilité de ces derniers est dégagée du fait que l'organisation a sa propre personnalité juridique. Si les actes constitutifs de certaines organisations internationales prévoient un partage des responsabilités entre l'organisation internationale et ses États membres[68], ce n'est pas le cas de la majorité d'entre eux, et notamment celui de la Constitution de l'OIT[69], et il n'existe aucune pratique qui permette de conclure à l'existence d'une telle responsabilité conjointe ou résiduelle. Certains auteurs avancent que, dans des cas précis, les États membres peuvent être tenus responsables des actes internationalement illicites d'une organisation internationale, mais ils se réfèrent pratiquement tous aux affaires du *Conseil international de l'étain* et de *Westland Helicopters* dont la portée et l'intérêt semblent avoir été exagérés[70]. Sans vouloir entrer dans le débat général sur cette question, l'OIT tient à dire qu'elle ne considère pas ces affaires comme des précédents applicables à la responsabilité internationale

[65] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27.

[66] Ibid., p. 152 et 153.

[67] Résolution II, art. 6, adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Lisbonne en 1995, disponible à l'adresse suivante: www.justitiaetpace.org.

[68] Comme, par exemple, la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux qui prévoit que l'organisation et les États membres sont solidairement responsables en cas de dommage découlant d'activités relevant 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.

[69] Partie XIII du Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles).

[70] Voir par exemple Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, p. 430 à 438.

des organisations dont elle fait partie car leur mandat ne couvre pas des opérations économiques majeures dans le cadre de la législation nationale.

Si l'on transposait les articles 16 à 18 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[71] à celui sur la responsabilité des organisations internationales, on couvrirait vraisemblablement les cas de figure où les États membres ont contribué à la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale du fait qu'ils ont participé à la prise de la décision de l'organisation qui est à l'origine de ce fait illicite (qui peut être une action ou une omission) en votant soit pour soit contre cette décision ou en s'abstenant ou en favorisant ou empêchant la réalisation d'un consensus au sein de l'organe compétent de prise de décisions collective. À cet égard, outre les considérations plus générales soulevées par le paragraphe qui précède, l'OIT a une autre raison de se servir du «bouclier» que constitue sa personnalité juridique internationale. Tous les organes de décision de l'OIT sont à composition tripartite, ce qui veut dire qu'outre les représentants des gouvernements, des membres non gouvernementaux, à savoir les membres employeurs et les membres travailleurs, participent aux travaux et décisions de ces organes sur un pied d'égalité avec les gouvernements. Ainsi, le Conseil d'administration du Bureau international du Travail, qui est l'organe exécutif de l'OIT et possède d'importants pouvoirs de décision, est composé pour moitié de membres employeurs et travailleurs qui participent à ses décisions avec les mêmes droits de vote. Comme ils sont élus à titre personnel par la Conférence générale de l'OIT, ils ne peuvent pas être considérés comme des agents d'un gouvernement membre quelconque ni même de leurs organisations respectives d'employeurs ou de travailleurs[72].

Si les gouvernements membres pouvaient être tenus concurremment responsables des faits internationalement illicites de l'OIT résultant de décisions de son organe de décision, alors que les membres employeurs et travailleurs du Conseil d'administration ne le pouvaient pas, il en résulterait une disparité qui serait incompatible avec les principes structurels inhérents à la Constitution de l'OIT. La proposition d'INTERPOL tendant à faire relever du champ d'application du paragraphe 2 du projet d'article 1 la responsabilité des entités autres que les États ne présenterait un intérêt que si elle s'étendait aux membres individuels des organes d'une organisation qui ne sont pas eux-mêmes membres de l'organisation en question [voir *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/556, sect. B]. L'OIT ne serait toutefois pas favorable à un tel élargissement de la portée des projets d'article car il ne semble pas exister de pratique allant dans ce sens.

Compte tenu de ce qui précède, si les articles 16 à 18 devaient être transposés dans les projets d'article relatifs à la responsabilité des organisations internationales, l'OIT serait d'avis de limiter leur portée de façon à exclure la responsabilité conjointe ou résiduelle d'un État membre agissant exclusivement dans le cadre constitutionnel et selon les procédures d'une organisation, sauf si l'organisation en question et ses États membres y consentent expressément. Cette solution serait sans préjudice de la responsabilité propre de l'État en vertu du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite en cas de violation de l'acte constitutif de l'organisation.

À condition que la portée des articles soit ainsi limitée, l'OIT serait, pour le moins, favorable à la transposition de l'article 16 dans les projets d'article et ne verrait pas d'objection à ce qu'il en soit de même pour les articles 17 et 18 bien qu'elle n'ait connaissance d'aucune pratique concernant ces deux dispositions. À titre de remarque générale, il convient de noter que la responsabilité au titre de ces articles dans leur version adaptée n'aurait pas besoin d'être limitée aux États qui sont membres de l'organisation internationale concernée car certains des actes qui seraient considérés comme une aide, une assistance, une direction, un contrôle ou une contrainte aux termes de ces articles pourraient aussi bien être le fait d'États non membres.

En ce qui concerne l'article 16, son application *mutatis mutandis* au cas d'un État qui aiderait ou assisterait une organisation dans la commission d'un fait internationalement illicite semblerait se justifier. Une telle aide ou assistance peut consister par exemple à verser des fonds extrabudgétaires à l'organisation pour financer des activités de coopération technique ou à accueillir son siège, ses bureaux ou ses réunions. L'existence d'une responsabilité concurrente d'un État dans ces cas de figure est confirmée dans la pratique par le fait que les États se dégagent parfois d'une telle responsabilité par voie d'accord. Par exemple, les gouvernements donateurs se dégagent parfois de leur responsabilité pour des dommages susceptibles de découler des activités de l'OIT dans le cadre des projets qu'ils financent[73]. L'OIT de son côté se décharge régulièrement sur le gouvernement du pays bénéficiaire de toute responsabilité en cas de réclamation présentée par un tiers au titre de ces activités[74]. De même, l'accord de siège entre l'OIT et la Suisse dispose: «La Suisse n'encourt, du fait de l'activité de l'Organisation internationale du Travail sur son territoire, aucune responsabilité internationale quelconque pour les actes et omissions de l'Organisation ou pour ceux de ses agents agissant ou s'abstenant dans le cadre de leurs fonctions[75].»

Pour ce qui est de l'article 17 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement

[71] Voir *supra* la note 65.

[72] Voir Constitution de l'OIT, art. 7.

[73] Ainsi, dans les accords de financement d'une agence d'un gouvernement donateur figure la disposition suivante: «[Le donateur] décline toute responsabilité pour toute demande d'indemnisation de tiers au titre de dommages découlant de ce financement.»

[74] L'accord type entre l'OIT et les gouvernements bénéficiaires comporte une clause similaire à celle figurant habituellement dans les accords de base types du PNUD en matière d'assistance (DP/107, annexe I), selon laquelle l'institution désignée assume toutes les responsabilités pour les réclamations et différends résultant d'opérations couvertes par l'accord qui viseraient l'OIT, ses responsables ou toute personne fournissant des services pour leur compte, et les mettra hors de cause en ce qui concerne ces réclamations ou différends. Lorsque la réclamation ou le différend résulte d'une négligence grave ou d'une faute intentionnelle des personnes susmentionnées, les parties se consultent pour parvenir à une solution satisfaisante.

[75] Accord entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation internationale du Travail pour régler le statut juridique de cette organisation en Suisse, art. 24 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, nº 103, p. 382).

illicite, il est à noter que les exemples donnés par la Commission dans son commentaire au sujet des directives et du contrôle d'un État vis-à-vis d'un autre État ne s'appliquent pas aux organisations internationales[76]. De fait, on voit mal comment un État pourrait assumer la direction ou le contrôle d'une organisation internationale en dehors de son cadre constitutionnel. Quoi qu'il en soit, toute tentative allant dans ce sens constituerait une violation du principe de l'indépendance de l'organisation internationale et des dispositions de son acte constitutif qui visent à assurer l'indépendance de sa direction exécutive et de son personnel, laquelle violation engagerait la responsabilité de l'État lui-même. En supposant toutefois que l'État puisse prendre la direction ou le contrôle de facto de l'organisation, les dispositions de l'article 17 semblent apporter une réponse satisfaisante à la question de la responsabilité concurrente de l'État.

De même, pour ce qui est de l'article 18, l'OIT n'a pas connaissance de pratique quelconque d'un État exerçant une contrainte contre une organisation internationale mais suppose que ces dispositions pourraient être transposables à de tels cas de figure.

*Question* b

Hormis les cas envisagés plus haut aux paragraphes 29 à 32, l'OIT estime, compte tenu de sa pratique, qu'il n'y a pas lieu d'envisager d'autres cas où un État serait tenu responsable d'un fait internationalement illicite d'une organisation internationale dont il est membre.

Organisation pour l'interdiction des armes chimiques

Dans la partie C du chapitre III de son rapport de 2005[77], la Commission a indiqué trois points sur lesquels elle accueillerait des remarques et des observations.

*1. Aide ou assistance, direction et contrôle ou coercition*

Le premier de ces points (par. 26 *a*) concerne la question de savoir si la Commission devrait inclure également dans les projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales une disposition concernant l'aide ou l'assistance fournie par un État à une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite. Le deuxième point concerne la question de savoir si la réponse donnée à la première question devrait aussi s'appliquer au cas où un État donne des directives et exerce un contrôle ou une contrainte dans la commission d'un fait par une organisation internationale qui constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite. De l'avis de l'OIAC, ces deux questions sont d'une grande pertinence dans les affaires internationales à l'heure actuelle et devraient effectivement être examinées par la Commission. Au cours de cet examen, la Commission souhaitera peut-être se pencher sur les conséquences pratiques qu'entraînerait, dans l'un et l'autre cas, l'établissement de la responsabilité de l'État. De plus, il serait préférable de préciser si le fait illicite auquel il est fait référence dans la deuxième question est un fait illicite au plan interne, ou un fait internationalement illicite, ce qui n'est pas spécifié à l'alinéa *a* du paragraphe 26.

*2. Responsabilité des États membres d'une organisation internationale*

Le dernier point (par. 26 *b*) concerne la question de savoir s'il y a des cas où un État pourrait être tenu responsable du fait internationalement illicite d'une organisation internationale dont il est membre. Les faits récents, dont témoignent la jurisprudence tant interne qu'internationale et les ouvrages savants, indiquent, selon l'OIAC, que cette question revêt une importance pratique considérable, la question de la responsabilité des États membres s'étant posée à plusieurs reprises. La plupart des auteurs estiment toutefois que la situation juridique n'est pas entièrement claire. L'examen de la question par la Commission serait donc de nature à préciser l'état du droit international en la matière, quelles que soient les conclusions de cet examen.

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

S'agissant de la question *a*, la Commission ne doit pas oublier que les organisations internationales auxquelles le projet d'articles s'appliquerait ont la personnalité juridique internationale et sont donc des sujets en principe autonomes par rapport à leurs États membres. Cela étant, il doit être clair que tous les actes accomplis par les États membres dans le cadre de l'acte constitutif de l'organisation (s'agissant de leur contribution aux décisions de l'organisation d'agir ou de ne pas agir) n'engageraient pas leur responsabilité sauf disposition spécifique à cette fin du traité constitutif. La responsabilité des États membres ne pourrait être retenue que si l'on pouvait dire qu'ils contrôlent pleinement les actes de l'organisation, de telle manière que la personnalité juridique de celle-ci n'est qu'une fiction.

Compte tenu de ce qui précède, la disposition susmentionnée qui vise le cas d'un État qui aide ou assiste une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite devrait être limitée, d'une part, aux relations entre l'organisation et les États non membres et, d'autre part, s'agissant des relations avec les États membres, aux cas dans lesquels l'organisation et l'État membre concerné interagissent comme des sujets de droit international indépendants. Tel serait le cas lorsque des forces militaires d'un État membre collaborent avec des forces placées sous le commandement d'une organisation en vue de renverser illicitement un gouvernement étranger, ou lorsqu'un État membre reçoit une assistance technique d'une organisation et que des agents de l'État collaborent avec le personnel de l'organisation à la commission de faits internationalement illicites, comme un trafic illicite d'objets culturels.

À cet égard, il convient de mentionner que dans le cas des activités d'assistance technique, des arrangements spécifiques sont conclus entre l'organisation et l'État bénéficiaire pour exclure la responsabilité de la première en cas de réclamations ou d'actions en responsabilité résultant des activités menées par le personnel de l'organisation dans le pays. Les accords types d'assistance technique conclus par l'UNESCO avec les pays bénéficiaires

[76] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 71 à 73.

[77] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 13.

contiennent la clause type ci-après, qui traduit une pratique établie suivie pour ce type d'accord par les institutions spécialisées des Nations Unies:

> Le gouvernement fera son affaire de toutes réclamations qui peuvent être formulées par des tiers contre l'UNESCO, ses biens et son personnel ou d'autres personnes exécutant des services pour le compte de l'UNESCO et il mettra hors de cause l'UNESCO, ses biens, son personnel et lesdites personnes en cas de réclamations ou d'actions en responsabilité résultant d'activités menées dans le cadre du présent Plan d'opérations, excepté lorsqu'il est convenu par l'UNESCO et le gouvernement que ces réclamations ou actions en responsabilité découlent d'une faute lourde ou intentionnelle de ce personnel ou de ces personnes.

De même, dans les cas où un État membre veut donner des fonds à l'Organisation pour des activités d'assistance technique à exécuter sur le territoire d'un autre État membre, le gouvernement donateur demande souvent l'insertion dans l'accord avec l'UNESCO de la clause d'exonération de responsabilité ci-après:

> [L'État membre X] ne saurait voir sa responsabilité engagée en cas de réclamation de tiers pour des dommages découlant du présent don.

Quant à la situation dans laquelle un État donne des directives et exerce un contrôle ou une contrainte dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale, elle ne semble guère vraisemblable. À la limite, une contrainte pourrait être exercée par un État, par exemple, sur le secrétariat d'une organisation dans le cadre de l'occupation militaire du territoire de l'État accueillant l'organisation qui subit la contrainte. Néanmoins, dans l'ordre constitutionnel d'une organisation, l'exercice d'une direction ou d'un contrôle par un État membre sur les actes de l'organisation ne semble pas possible étant donné les garanties juridiques généralement prévues dans les traités constitutifs.

### Organisation mondiale de la Santé

Pour ce qui est maintenant du chapitre III.C du rapport[78], l'OMS constate que la Commission ne sollicite pas de commentaire sur telle ou telle circonstance qui écarterait l'illicéité de l'acte et que la validité de l'argument de l'«état de nécessité» dans le cas des organisations internationales a déjà fait l'objet d'une demande d'observations. D'un point de vue général, l'OMS recommanderait à ce stade de la réflexion que le Rapporteur spécial et la Commission n'oublient pas les différences fondamentales qu'il y a entre un État et une organisation internationale, ni la diversité qui caractérise les fonctions et les objectifs des organisations elles-mêmes, lorsqu'ils s'interrogent sur les circonstances excluant l'illicéité figurant au chapitre V de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[79] et devant être réputées applicables aux organisations internationales, compte tenu en particulier de la probable absence de pratique établie dans ce domaine. Par exemple, s'il est évident qu'une circonstance comme la légitime défense ne vaut par nature que pour les actes de l'État, on peut se demander si les obligations internationales qu'assume d'une manière générale une organisation internationale peuvent vraisemblablement conduire celle-ci à enfreindre une norme péremptoire du droit international général selon l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[80].

La Commission demande également si elle doit prévoir dans son projet le cas de l'État qui aide ou soutient une organisation internationale qui commet un acte internationalement illicite, ainsi que le cas de l'État qui conduit ou force une organisation internationale à commettre un acte internationalement illicite. Ce sont des cas envisagés aux articles 16 à 18 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[81], comme le dit le rapport. La réponse générale de l'OMS est que, dans la mesure où l'un de ces trois cas mettrait en jeu la responsabilité internationale d'une organisation internationale, il serait logique de prévoir cette hypothèse dans le projet. Selon l'économie et le contenu du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, tel semblerait être le cas de l'aide ou du soutien, et de la direction ou du contrôle de l'État à l'égard d'une organisation internationale qui commet un acte internationalement illicite. La réponse devrait être différente dans le cas de l'organisation internationale contrainte par un État à commettre un acte qui serait illicite si elle n'était pas forcée de l'exécuter, puisque cette situation particulière exclurait la responsabilité de l'organisation.

---

[78] Ibid.

[79] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27 et 28.

[80] Ibid., p. 28.

[81] Ibid., p. 27.

# ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS

[Point 6 de l'ordre du jour]

**DOCUMENT A/CN.4/569 et Add.1**

## Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États, par M. Víctor Rodríguez Cedeño, Rapporteur spécial

*[Original: espagnol]*
*[6 avril 2006]*

## TABLE DES MATIÈRES


| | | *Pages* |
|---|---|---|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | | 152 |
| Ouvrages cités dans le présent rapport | | 152 |
| | *Paragraphes* | |
| INTRODUCTION | 1-9 | 155 |
| *Chapitres* | | |
| I. ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS | 10-124 | 156 |
| A. Validité et durée de l'acte unilatéral | 10-78 | 156 |
| 1. Causes de nullité | 11-78 | 156 |
| *a*) La nullité pour l'incompétence du représentant | 18-34 | 158 |
| i) L'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 | 22-30 | 159 |
| ii) La restriction particulière du pouvoir d'exprimer le consentement d'un État | 31-34 | 160 |
| *b*) La nullité pour vice du consentement | 35-66 | 161 |
| i) L'erreur | 36-43 | 161 |
| ii) Le dol | 44-47 | 162 |
| iii) La corruption du représentant de l'État | 48-52 | 163 |
| iv) La contrainte | 53-66 | 163 |
| a. La contrainte exercée sur le représentant de l'État | 54-58 | 163 |
| b. La contrainte exercée sur l'État par la menace ou l'emploi de la force | 59-66 | 164 |
| *c*) La nullité pour violation d'une règle de *jus cogens* | 67-78 | 166 |
| B. Extinction et suspension des actes unilatéraux, et autres notions proches | 79-124 | 168 |
| 1. Situations découlant de la volonté de celui qui formule l'acte unilatéral | 95-108 | 170 |
| 2. Situations découlant de circonstances indépendantes de la volonté de celui qui formule l'acte unilatéral | 109-124 | 173 |
| *a*) Situations prévues dans la Convention de Vienne de 1969 | 110-119 | 174 |
| *b*) Situations qui ne sont pas expressément prévues dans la Convention de Vienne de 1969 | 120-124 | 176 |
| II. Projet de principes directeurs soumis à l'examen du Groupe de travail | 125-161 | 177 |
| A. Définition de l'acte unilatéral | 126-139 | 177 |
| B. Accomplissement de l'acte unilatéral | 140-152 | 179 |
| 1. Capacité des États d'accomplir des actes unilatéraux | 140-141 | 179 |
| 2. Personnes habilitées à accomplir des actes unilatéraux au nom de l'État | 142-150 | 179 |
| 3. Confirmation ultérieure d'un acte accompli par une personne non autorisée | 151-152 | 180 |
| C. Fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux | 153-156 | 181 |
| D. Interprétation des actes unilatéraux | 157-161 | 181 |
| *Annexe*. Projet de principes directeurs | | 183 |

## Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

| | *Sources* |
|---|---|
| Convention destinée à garantir en tous temps et à toutes les Puissances le libre usage du canal maritime de Suez (Constantinople, 29 octobre 1888) | *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens*, 2e série, Gottingue, Dieterich, 1890, t. XV, p. 557. |
| Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919] | H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens*, 3e série, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t. XI, p. 323. |
| Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, no 1021, p. 277. |
| Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) | Ibid., vol. 1155, no 18232, p. 331. |
| Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978) | Ibid., vol. 1946, no 33356, p. 3. |
| Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989) | Ibid., vol. 1577, no 27531, p. 3. |
| Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996) | E/1996/99. |
| Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2216, no 39391, p. 225. |
| Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 15 mai 2003) | Ibid., vol. 2466, no 39391, p. 168. |

## Ouvrages cités dans le présent rapport


Akehurst, Michael

«The hierarchy of the sources of international law», *The British Year Book of International Law 1974-1975*, Oxford, vol. 47 (1977), p. 273 à 285.

Alexidze, Levan

«Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1981-III*, t. 172, La Haye, Martinus Nijhoff, 1981, p. 219 à 270.

Aspremont Lynden, Jean (d')

«Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des États», *Revue générale de droit international public*, t. CIX (2005), p. 163 à 189.

Barberis, Julio A.

«Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público», dans Manuel Pérez González *et al.* (dir. publ.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 101 à 116.

Bondía García, David

*Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Barcelone, Bosch, 2004.

Brownlie, Ian

*Principles of Public International Law*, 6e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003.

Capotorti, Francesco

«L'extinction et la suspension des traités», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1971-III*, t. 134, Leiden, Sijthoff, 1972, p. 417 à 587.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio

«Reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law», *Journal européen de droit international*, Florence, vol. 8 (1997), p. 583 à 595.

Casado Raigón, Rafael

*Notas sobre el* jus cogens *internacional*, Cordoue (Espagne), 1991.

Casado Raigón, Rafael et Eva María Vázquez Gómez

«La impronta del *jus cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», dans Alejandro R. Rodríguez Carrión et Elisa Pérez Vera (dir. publ.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. I, Séville, Université de Séville, 2005, p. 343 à 360.

Casanovas la Rosa, Oriol

«La modificación de los acuerdos internacionales por la práctica posterior», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXI, no 1 (janvier-mars 1968), p. 328 à 345.

Cassese, Antonio

*International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Charpentier, Jean

«Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences, dans Jerzy Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 367 à 380.

Coussirat-Coustère, Vincent et Pierre Michel Eisemann (dir. publ.)

*Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, 1794-1918, t. I, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989.

Danilenko, Gennady M.

«International *jus cogens*: issues of law-making, *Journal européen de droit international*, Florence, no 1 (1991), p. 42 à 65.

Degan, Vladimir-Djuro

«Unilateral act as a source of particular international law», *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki, vol. V (1994), p. 149 à 266.

Dehaussy, Jacques

«La déclaration égyptienne de 1957 sur le canal de Suez», *Annuaire français de droit international*, t. VI (1960), p. 169 à 184.

Elias, T. O.

«Problems concerning the validity of treaties», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1971-III*, t. 134, Leiden, Sijthoff, 1972, p. 333 à 416.

Fernández Tomás, Antonio

«El *jus cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad», dans Alejandro R. Rodríguez Carrión et Elisa Pérez Vera (dir. publ.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. I, Séville, Université de Séville, 2005, p. 619 à 638.

Gaja, Giorgio

«*Jus cogens* beyond the Vienna Convention», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1981-III*, t. 172, La Haye, Martinus Nijhoff, 1982, p. 271 à 316.

Gómez Robledo, Antonio

«Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1981-III*, t. 172, La Haye, Martinus Nijhoff, 1982, p. 9 à 217.

*El* ius cogens *internacional: estudio histórico-crítico*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

González Vega, Javier A.

«El reconocimiento de Belice ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: la sentencia de 3 de noviembre de 1992», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, nº 2 (juillet-décembre 1993), p. 580 à 585.

Guggenheim, Paul

«La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1949-I*, t. 74, Paris, Sirey, 1949, p. 191 à 268.

Gutiérrez Espada, Cesáreo

*Derecho internacional público*, Madrid, Trotta, 1995.

«Sobre las normas imperativas del derecho internacional», dans *Pacis Artes: Obra Homenaje al profesor Julio Diego González Campos*, t. I: *Derecho internacional público y derecho comunitario y de la Unión Europea*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2005, p. 273 à 288.

Hannikainen, Lauri

*Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988.

Haraszti, György

«Treaties and the fundamental change of circumstances», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1975-III*, t. 146, Leiden, Sijthoff, 1977, p. 1 à 93.

Higgins, Rosalyn

*Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Jacqué, Jean-Paul

*Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

«À propos de la promesse unilatérale», dans *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 327 à 345.

Kiss, Alexandre-Charles

*Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. I, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1962.

Koskenniemi, Martti

«Report», dans Pierre Michel Eisemann et Martti Koskenniemi (dir. publ.), *La succession d'États: la codification à l'épreuve des faits*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000, p. 65 à 132.

Lauterpacht, H. (dir. publ.)

*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: 1935-1937*, Londres, Butterworth, 1941.

*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: 1919-1942*, Londres, Butterworth, 1947.

*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: 1943-1945*, Londres, Butterworth, 1949.

Marston, Geoffrey (dir. publ.)

«United Kingdom materials on international law 1981», *The British Year Book of International Law 1981*, vol. 52, p. 361 à 534.

«United Kingdom materials on international law 1982», *The British Year Book of International Law 1982*, vol. 53, p. 337 à 570.

«United Kingdom materials on international law 1987», *The British Year Book of International Law 1987*, vol. 58, p. 497 à 650.

Meron, Theodor

«Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (*ultra vires* treaties): some recent cases», *The British Year Book of International Law 1978*, vol. 49 (1979), p. 175 à 199.

Moore, John Bassett

*History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, Government Printing Office, 1898.

Nahlik, S. E.

«The grounds of invalidity and termination of treaties», *American Journal of International Law*, vol. 65 (1971), p. 736 à 756.

Navarro Batista, Nicolás

«La práctica comunitaria sobre reconocimiento de Estados: nuevas tendencias», *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, vol. 22, nº 1 (1995), p. 475 à 507.

Nicoloudis, E. P.

*La nullité de* jus cogens *et le développement contemporain du droit international public*, Athènes, Papazissi, 1974.

Oraison, André

«Le dol dans la conclusion des traités», *Revue générale de droit international public*, t. 75, nº 3 (juillet-septembre 1971), p. 617 à 673.

*L'erreur dans les traités*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

Ortega Terol, Juan Miguel

*Textos y documentos sobre los desmembramientos de la Unión Soviética y de Yugoslavia*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.

«Aspectos teóricos y prácticos de la continuidad en la identidad del Estado», *Anuario de Derecho Internacional*, Pampelune, t. XV (1999), p. 273 à 323.

Pecourt García, Enrique

«El principio del *estoppel* en derecho internacional público», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XV (1962), nos 1 et 2, p. 97 à 139.

Poch de Caviedes, Antonio

«De la clause *rebus sic stantibus* à la clause de révision dans les conventions internationales», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1966–II*, t. 118, Leiden, Sijthoff, 1968, p. 105 à 208.

Remiro Brotóns, Antonio

*Derecho Internacional Público*, vol. II: *Derecho de los Tratados*, Madrid, Tecnos, 1987.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J.

*Lecciones de derecho internacional público*, 5e éd., Madrid, Tecnos, 2002.

ROUSSEAU, Charles

«Chronique des faits internationaux», *Revue générale de droit international public*, vol. LXXXV, 1981.

«Chronique des faits internationaux», *Revue générale de droit international public*, vol. LXXXVI, 1982.

«Chronique des faits internationaux», *Revue générale de droit international public*, vol. LXXXVIII, 1984.

«Chronique des faits internationaux», *Revue générale de droit international public*, vol. LXXXIX, 1985.

«Chronique des faits internationaux», *Revue générale de droit international public*, vol. XCI, 1987.

«Chronique des faits internationaux», *Revue générale de droit international public*, vol. XCII, 1988.

ROZAKIS, Christos L.

*The concept of* jus cogens *in the law of treaties*, Amsterdam, Elsevier, 1976.

RUBIN, Alfred P.

«The international legal effects of unilateral declarations», *American Journal of International Law*, vol. 71 (1977), p. 1 à 30.

RUDA, José M.

«Terminación y suspensión de los tratados», dans Emmanuel G. Bello et Bola A. Ajibola (dir. publ.), *Essays in honour of Judge Taslim Olawale Elias*, vol. I, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, p. 93 à 116.

RUILOBA GARCÍA, Eloy

*Circunstancias especiales y equidad en la delimitación de los espacios marítimos*, Saragosse, Real Instituto de Estudios Europeos, 2001.

SEVE DE GASTÓN, Alberto

«Los actos jurídicos internacionales unilaterales con especial atinencia a los intereses marítimos argentinos», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba (Argentine), t. I (1983), p. 251 à 357.

SICAULT, Jean-Didier

«Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», *Revue générale de droit international public*, t. LXXXIII (1979), p. 633 à 688.

SINCLAIR, Sir Ian

*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof

«Les actes unilatéraux des États», dans Mohammed Bedjaoui (dir. publ.), *Droit international: bilan et perspectives*, t. 1, Paris, UNESCO et Pedone, 1991, p. 231 à 251.

SZTUCKI, Jerzy

Jus cogens *and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, Vienne, Springer-Verlag, 1974.

TORRES CAZORLA, María Isabel

«Rights of private persons on State succession: an approach to the most recent cases», dans Pierre Michel Eisemann et Martti Koskenniemi (dir. publ.), *La succession d'États: la codification à l'épreuve des faits*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000, p. 663 à 717.

*Los actos unilaterales de los Estados en el derecho internacional contemporáneo*, Malaga, 2001, reprographié.

«El derecho del menor a una nacionalidad: análisis de los recientes casos de sucesión de Estados», dans *Los Derechos del Niño: Estudios con motivo del X Aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, Ministère du travail et des affaires sociales, 2002, p. 193 à 212.

«El último cambio de Yugoslavia: de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) a la Unión de Serbia y Montenegro», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, nº 1 (janvier-juin 2003), p. 487 à 492.

URIOS MOLINER, Santiago

*Actos unilaterales y derecho internacional público: delimitación de una figura susceptible de un régimen jurídico común*, Castellón, Universitat Jaume I, 2001, reprographié.

VAN BOGAERT, E.

«Le sens de la clause *rebus sic stantibus* dans le droit des gens actuel», *Revue générale de droit international public*, t. LXX (1966), p. 49 à 74.

VENTURINI, Gian Carlo

«La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1964-II*, t. 112, Leiden, Sijthoff, 1964, p. 363 à 467.

VERDROSS, Alfred

«*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law», *American Journal of International Law*, Washington, vol. 60 (1966), p. 55 à 63.

VERHOEVEN, Joe

*La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine: les relations publiques internationales*, Paris, Pedone, 1975.

«La reconnaissance internationale: déclin ou renouveau?», *Annuaire français de droit international*, t. XXXIX (1993), p. 7 à 40.

VERZIJL, J. H. W.

«La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Revue de droit international*, Paris, t. XV, nº 2 (avril-mai-juin 1935), p. 284 à 339.

*International Law in Historical Perspective. Part VI: Juridical facts as sources of international rights and obligations*, Leiden, Sijthoff, 1973.

VIRALLY, Michel

«Réflexions sur le *jus cogens*», *Annuaire français de droit international*, t. XII (1966), p. 5 à 29.

VISSCHER, Paul (DE)

«Remarques sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux», dans Jerzy Makarczyk (dir. publ.), *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 459 à 465.

WEIL, Prosper

«Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1992-VI*, t. 237, La Haye, Martinus Nijhoff, 1996, p. 9 à 370.

WEILER, J. H. H. et Andreas L. PAULUS

«The structure of change in international law or is there a hierarchy of norms in international law?», *Journal européen de droit international*, Florence, vol. 8 (1997), p. 545 à 565.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rafael

*Aproximación a una teoría de los actos unilaterales de los Estados*, Université de Séville, 2002, reprographié.

## Introduction

1. La Commission du droit international (CDI) a examiné le huitième rapport sur les actes unilatéraux des États[1] de sa 2852e à sa 2855e séance, les 15, 19, 20 et 21 juillet 2005. En réponse aux observations du Groupe de travail à composition non limitée sur les actes unilatéraux des États, des membres de la CDI et des délégations des États Membres à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, ce rapport présentait divers exemples d'actes unilatéraux qui, sans être dans tous les cas des actes unilatéraux au sens qui intéresse la CDI, devaient faciliter le débat sur la question et faire avancer l'examen de celle-ci.

2. Au cours des débats de la Commission, on a fait remarquer une fois encore que «la diversité des effets et le rôle important du contexte de ces actes rendaient très difficile la formulation d'une "théorie" ou d'un "régime" des actes unilatéraux[2]». Certains membres cependant pensaient qu'il était possible d'établir un tel régime[3] avec les aménagements dont il sera question plus loin.

3. Au cours du débat, «[o]n a fait observer […] que la pratique déjà étudiée, éventuellement enrichie par l'étude supplémentaire d'autres actes […], pourrait constituer la base d'une définition formelle mais assez souple en même temps[4]». Une fois cette définition élaborée, «on devrait […] étudier la capacité et la compétence de l'auteur de l'acte unilatéral[5]». Il convenait aussi de «préparer un "bilan" des travaux de la Commission sur ce sujet contenant tous les points qui ont pu être acceptés par consensus sous forme de déclaration accompagnée par des conclusions générales ou préliminaires[6]». Mais «il ne fallait pas perdre de vue la nécessité de maintenir la liberté des États de faire des déclarations politiques à n'importe quel moment sans se sentir contraints par l'éventualité d'assumer des engagements juridiques[7]».

4. Selon un autre avis, déjà émis à la Commission à plusieurs reprises, il fallait considérer que «les actes dits unilatéraux [sont] tellement diversifiés et de nature si variée et composite qu'il serait impossible de procéder à leur codification sous forme de projets d'article[8]». Par conséquent, «un exposé serait la meilleure façon d'aborder ce sujet, étant donné que le contexte de ces actes [a] un rôle majeur [dans] leur qualification[9]». Comme la Commission avait eu du mal à s'entendre sur des règles générales, certains membres pensaient qu'il faudrait «s'orienter vers des directives ou des principes qui pourraient aider et guider les États tout en essayant d'assurer une plus grande sécurité dans ce domaine[10]».

5. Au cours des débats de la cinquante-septième session et des séances du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États[11], les réflexions ont également porté sur la «révocabilité de l'acte[12]», aspect indispensable dans une étude exhaustive[13]. C'est la raison pour laquelle la question sera étudiée en détail dans le présent rapport.

6. Les États Membres siégeant à la Sixième Commission lors de la soixantième session de l'Assemblée générale, en 2005, ont étudié le rapport et le compte rendu des débats de la CDI. Lors des séances tenues du 24 octobre au 3 novembre 2005, les délégations ont souligné la difficulté que présentait le sujet[14], se sont inquiétées de l'avancement des travaux[15] et ont soulevé des questions plus concrètes à propos du schéma suivi dans le huitième rapport du Rapporteur spécial[16]. Elles ont également souligné la nécessité de limiter le sujet aux obligations que l'État pourrait avoir à assumer en raison d'une déclaration unilatérale, aux conditions de validité de celle-ci[17] et aux effets que les obligations en question pourraient produire à l'égard d'États tiers, y compris à l'égard de leurs droits, ce qui dispenserait d'avoir à aborder la question extraordinairement complexe des comportements[18].

---

[1] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/557, p. 123.

[2] Ibid. (2e partie), par. 303, opinion exprimée par Mme Escarameia et M. Candioti.

[3] Ibid., opinions exprimées notamment par MM. Kamto, Pellet et Candioti et Mme Xue.

[4] Ibid., par. 303, opinion exprimée par M. Fomba.

[5] Ibid., par. 305, opinions exprimées notamment par Mme Escarameia et MM. Pellet et Daoudi.

[6] Ibid., par. 307, opinions exprimées par M. Candioti et Mme Xue.

[7] Ibid., par. 309, opinion exprimée par M. Pellet.

[8] Ibid., par. 310, opinions exprimées par MM. Koskenniemi et Brownlie.

[9] Ibid., opinion exprimée par M. Brownlie.

[10] Ibid., par. 314, opinions exprimées notamment par MM. Candioti et Pellet.

[11] Sous la présidence de M. Pellet, le Groupe de travail à composition non limitée a tenu quatre séances, les 11 et 18 mai, le 1er juin et le 25 juillet 2005 (ibid., par. 327 à 332).

[12] Ibid., par. 315.

[13] Le Président de la CDI à sa cinquante-septième session, M. Momtaz, a, à la demande des membres de la CDI, expliqué aux délégations des États Membres siégeant à la Sixième Commission que la CDI souhaiterait recevoir leurs observations sur leur pratique en matière de révocation ou de révision d'actes unilatéraux, les circonstances et les conditions particulières dans lesquelles elles ont lieu, les effets de la révocation ou de la révision et les diverses réactions possibles des États tiers [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 80].

[14] Ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 59, déclaration de l'Espagne; 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 12, déclaration de la Fédération de Russie; 19e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 14, déclaration de la Jamahiriya arabe libyenne; et 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 38, déclaration du Venezuela.

[15] Ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 46, déclaration du Maroc; 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 52, déclaration du Japon; 15e séance (A/C.6/60/SR.15), par. 10, déclaration de la République de Corée; 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 52, déclaration du Guatemala; et ibid., par. 72, déclaration du Kenya.

[16] Ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 10, déclaration de l'Autriche; ibid., par. 44, déclaration de la Nouvelle-Zélande; ibid., par. 52, déclaration du Japon; 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 12, déclaration de la Fédération de Russie; ibid., par. 21, déclaration de la Pologne; et ibid., par. 46, déclaration du Chili.

[17] Ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 59, déclaration de l'Espagne; et ibid., par. 74, déclaration de la France.

[18] Ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 59, déclaration de l'Espagne; ibid., par. 74, déclaration de la France; 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 22, déclaration de la Pologne; et, dans le même ordre d'idées, la délégation du Chili a estimé qu'il valait peut-être mieux consolider les acquis concernant les actes unilatéraux *stricto sensu* avant d'entreprendre une étude détaillée du comportement de l'État (ibid., par. 48).

7. À propos de la suite des travaux, certaines délégations ont souligné la nécessité de terminer en 2006[19] par la rédaction de conclusions générales fondées sur les travaux antérieurs de la Commission[20] mais prenant en considération la nature particulière des actes unilatéraux, c'est-à-dire en ne suivant pas de trop près la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après la Convention de Vienne de 1969)[21]. Pour d'autres délégations cependant, les dispositions du droit des traités pouvaient servir de point de départ, ou même s'appliquer *mutatis mutandis*[22]. Ont été également évoqués l'abandon du sujet, déjà proposé à des sessions précédentes[23], ainsi que l'impossibilité de codifier cette matière ou d'en assurer le développement progressif à cause du caractère insaisissable des actes en question[24]. D'autres délégations ont fait valoir ce qu'avait de positif la manière dont la Commission avait abordé le sujet pour analyser le cas de figure de l'acte unilatéral et le mettre mieux en lumière[25], et permettre ainsi de procéder à la formulation d'idées ou de principes directeurs[26], ce qui constituait peut-être un bon point de départ pour une codification éventuelle.

8. Soucieux de répondre aux préoccupations des membres de la Commission et de faciliter l'examen du sujet, le Rapporteur spécial présente cette année son neuvième rapport, qui se divise en deux chapitres. Le premier traite des causes de nullité des actes unilatéraux, de leur modification, suspension et autres transformations analogues, aspects qui, s'il en a été question au cours des débats des années précédentes, n'ont pas été analysés formellement par le Rapporteur spécial. Le deuxième chapitre aborde les questions déjà envisagées, sous l'angle de leur structure, par la Commission et le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États créé en 2004 et 2005 sous la présidence de M. Alain Pellet, à savoir la définition de l'acte unilatéral par opposition aux autres actes qui, tout en étant formellement des actes unilatéraux, ressortissent aux rapports conventionnels et sont à ce titre soumis au régime de Vienne. Une distinction analogue oppose l'acte unilatéral comme expression de la volonté, au sens strict, au comportement unilatéral, qui peut produire des effets juridiques analogues. Il faut à cet égard penser à celui ou ceux à qui s'adresse l'acte unilatéral, sans que cela change quoi que ce soit au fait que ce sont les actes unilatéraux dont les États sont les auteurs qui constituent le sujet. Deux projets seront présentés à ce propos, qui pourraient faire partie de la définition de l'acte ou circonscrire le champ d'application du projet de principes directeurs. Seront présentés ensuite plusieurs projets concernant la formulation de l'acte: capacité de l'État, personnes compétentes pour agir au nom de l'État et l'engager juridiquement dans ses relations internationales, confirmation ultérieure de l'acte formulé sans autorisation. En troisième lieu sera proposé un projet de texte sur le fondement du caractère obligatoire de l'acte unilatéral. Enfin viendra un projet de principe directeur sur l'interprétation de l'acte unilatéral. On trouvera en conclusion la liste des principes directeurs proposés, avec les dispositions relatives à la nullité, à l'extinction et à la suspension de l'acte unilatéral, qui figureront dans l'annexe au présent rapport.

9. Le Rapporteur spécial propose à la Commission d'examiner en plénière le premier chapitre du présent rapport et de confier l'examen du deuxième au Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États, comme le veulent ses attributions, afin de faire rapidement progresser l'étude de la question à la session en cours.

[19] Ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 42, déclaration du Danemark, au nom des pays nordiques; et 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 35, déclaration du Portugal.

[20] Ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 42, déclaration du Danemark, au nom des pays nordiques; 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 106, déclaration de l'Argentine; et 15e séance (A/C.6/60/SR.15), par. 18, déclaration de la Chine.

[21] Ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 44, déclaration de la Nouvelle-Zélande.

[22] Ibid., 15e séance (A/C.6/60/SR.15), par. 10, déclaration de la République de Corée; et 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 54, déclaration du Guatemala.

[23] Ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 7, déclaration du Royaume-Uni.

[24] Ibid., 15e séance (A/C.6/60/SR.15), par. 2, déclaration des États-Unis.

[25] Ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 46, déclaration du Chili; ibid., par. 54, déclaration du Guatemala; 17e séance (A/C.6/60/SR.17), par. 6 et 10, déclaration de Cuba; et 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 74, déclaration du Bélarus.

[26] Ibid., par. 93, déclaration de la Malaisie.

## Chapitre I

# Actes unilatéraux des États

## A. Validité et durée de l'acte unilatéral

10. La section qui va suivre traite de la question de la validité et de la durée de l'acte unilatéral de l'État, question que la Commission a examinée à ses sessions précédentes mais qu'il faut approfondir pour en dégager les principes directeurs qui seront présentés plus loin. La CDI et la Sixième Commission ont jugé qu'il fallait l'analyser de façon aussi détaillée que possible. C'est à cette fin qu'est présentée ci-dessous une analyse s'efforçant de faire le point dans la doctrine et dans la pratique, même si cette dernière reste rare.

### 1. Causes de nullité

11. La validité de l'acte unilatéral de l'État est une question que la doctrine n'aborde que rarement, et par la tangente[27]. Alors qu'en droit des traités les causes éventuelles de nullité, d'extinction et de suspension sont à l'origine d'un volume abondant d'opinions et d'études doctrinales[28], il n'en va pas de même pour le sujet considéré ici[29]. Cela ne signifie pas que celui-ci manque

[27] Les analyses s'appuient dans une grande mesure sur les conclusions de Torres Cazorla, *Los actos unilaterales de los Estados en el derecho internacional contemporáneo*, p. 115 à 172.

[28] On rappellera que la Convention de Vienne de 1969 ne consacre pas moins de 30 articles (42 à 72) et une annexe à la nullité, l'extinction et la suspension de l'application des traités (partie V). L'objectif était louable: donner de la stabilité aux relations conventionnelles et éviter le trouble juridique dans la mesure où la nullité, l'extinction et la suspension de l'application d'un traité sont des situations exceptionnelles.

[29] C'est pour cette raison que reste valable la déclaration de Pecourt García, «El principio del *estoppel* en derecho internacional público», p. 125. Bien qu'émise avant la naissance de la Convention de Vienne de

d'intérêt, bien au contraire. En fait, du jour où la CDI a commencé à s'y intéresser, des voix se sont élevées parmi les représentants des gouvernements à la Sixième Commission à propos des travaux que la CDI pourrait consacrer, à l'avenir, aux aspects liés à l'élaboration et aux conditions de validité de l'acte unilatéral[30]. La CDI elle-même a décidé de renvoyer à un groupe de travail les questions soulevées par les causes de nullité, «question délicate, qui de l'avis de certains membres de la Commission, méritait qu'on s'y attarde et devait être examinée conjointement avec celle des conditions de validité de l'acte unilatéral[31]».

12. La doctrine s'est prononcée sur ce sujet en fondant sur le principe de la bonne foi la nécessité que les engagements pris unilatéralement soient effectivement accomplis. Ce principe répond à son tour à l'obligation morale de respecter la parole donnée ou à l'exigence sociale de stabiliser les relations internationales, c'est-à-dire qu'il renvoie dans l'un et l'autre cas à la sincérité du déclarant ou aux espérances que fait naître chez des tiers l'accomplissement de l'acte dont il s'agit[32]. Le même publiciste affirme qu'«ainsi, par rapport à l'exigence fondamentale de la stabilité des rapports internationaux, l'engagement unilatéral assure des garanties de solidité comparables à celles de l'engagement conventionnel[33]». Son affirmation fait apparaître en outre les similitudes qui rapprochent les deux figures – l'acte unilatéral et le traité international –, raison pour laquelle, parmi d'autres, les dispositions que la Convention de Vienne de 1969 consacre à la nullité, à l'extinction et à la suspension de l'application d'un traité doivent, de l'avis du Rapporteur spécial, être considérées dans cette étude, même s'il n'est pas possible de procéder à une transposition générale des articles de la Convention dans le domaine des actes unilatéraux en raison des particularités que présentent ces derniers[34].

13. L'autre grande question que l'étude doit aborder est celle de l'absence quasi totale d'études sur les événements qui peuvent affecter un acte unilatéral; la pratique internationale est également pauvre en exemples. On constate même que les tentations d'extrapolation de certaines notions de droit interne ont été accueillies avec scepticisme par les publicistes et que la jurisprudence elle-même, qui a abordé la question à de rares occasions, n'a su ou pu dissiper leurs doutes. Comme le faisait remarquer Guggenheim:

> [E]n introduisant dans le droit international la théorie du droit privé relative aux vices de consentement, on transpose dans l'ordre des relations interétatiques une doctrine originairement appliquée dans le domaine du droit interne, et l'on oublie que l'élaboration d'une théorie cohérente des vices du consentement ne peut résulter que d'un long effort jurisprudentiel, qui fait défaut en droit international[35].

14. La doctrine distingue – en conséquence peut-être d'un effort d'extrapolation des règles de droit interne dans la sphère internationale – les vices qui entachent directement l'expression de la volonté elle-même et qui la privent de son caractère essentiel, et les vices qui affectent la volonté du sujet, la rendant ainsi défaillante mais sans parvenir à l'éliminer pour autant. Si l'on poursuit ce raisonnement, les conséquences que l'on peut tirer dès le départ de ces deux types de vice pourraient elles aussi être différentes. Ainsi, comme le fait remarquer Venturini, «dans le premier cas, l'acte juridique, dépourvu de l'un de ses éléments constitutifs, doit être considéré comme nul sans plus, tandis que dans le second cas, la simple irrégularité, du reste non manifeste, ne peut donner lieu en faveur du sujet intéressé qu'à un droit d'attaquer l'acte[36]». Se plaçant d'un point de vue plus pragmatique, Verzijl considérait que ces distinctions, extrapolées de systèmes juridiques différents[37], pouvaient intéresser aussi le droit international public et, de surcroît, s'appliquer en particulier aux actes unilatéraux[38].

15. Il s'agit donc ici d'une matière pratiquement vierge, dans laquelle les références doctrinales sont rares – ou visent plutôt le droit des traités – et la pratique est presque inexistante. Cela n'est pas évidemment sans restreindre le champ des travaux, mais on s'efforcera dans toute la mesure possible d'illustrer d'exemples les idées présentées.

16. Dans quelle mesure les causes de nullité prévues dans la Convention de Vienne de 1969 sont-elles applicables aux actes unilatéraux? Il a été dit que «lorsqu'ils fonctionnent comme une source de droits et d'obligations juridiques, les conditions communes de validité des actes unilatéraux sont essentiellement les mêmes que

---

1969, qui pourrait aussi s'appliquer aux actes unilatéraux des États, elle était ainsi formulée: «L'absence de doctrine organique et de quelques principes uniformes régissant la validité et la nullité des actes juridiques internationaux fait qu'il est presque impossible d'étudier ces aspects dans une catégorie particulière de ces actes, dans un cadre de validité générale. Cela oblige à considérer le problème de la validité et de la nullité des divers actes internationaux dans des constructions théoriques et normatives relativement autonomes.»

[30] Sont exemplaires à cet égard les interventions de l'Autriche [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 15e séance (A/C.6/53/SR.15), par. 10] et de la Roumanie [ibid., 18e séance (A/C.6/53/SR.18), par. 3].

[31] *Annuaire… 2001*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/519, p. 115, par. 4. Voir aussi paragraphes 5, 6 et 19.

[32] Charpentier, «Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences», p. 378.

[33] Ibid., p. 380.

[34] Ces deux idées sont mises en relief par Akehurst, «The hierarchy of the sources of international law», p. 280 et 281, où il affirme que «ces actes sont si hétérogènes qu'il est très difficile d'en tirer une généralisation […] dans d'autres circonstances, l'acte unilatéral est source de droit, ou, en tout cas, de droits et d'obligations juridiques […]. Ces actes sont analogues par leurs effets aux traités et ils ont sans doute la même position hiérarchique que ceux-ci. Autrement dit, un État peut, par promesse ou renoncement, abandonner des libertés ou des droits dont il jouissait en vertu des traités ou du droit coutumier mais un traité ou une règle coutumière ultérieurs peuvent annuler les obligations assumées dans la promesse ou remettre en vigueur les droits abandonnés dans le renoncement».

[35] Guggenheim, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», p. 197.

[36] Venturini, «La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États», p. 420. Ce même auteur reconnaît que la distinction entre «nullité et annulabilité» n'a pas totalement été acceptée par la doctrine. De fait, la Convention de Vienne de 1969 a fini par donner un caractère univoque aux deux caractéristiques.

[37] Verzijl, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», p. 298, qui cite, parmi les situations envisagées, la non-existence absolue de l'acte (par opposition à sa nullité proprement dite), la nullité et l'annulabilité, la nullité absolue et la nullité relative, la nullité que les tribunaux peuvent constater d'office et celle à laquelle il faut faire droit parce que les parties en ont décidé ainsi, la nullité totale et la nullité partielle, la nullité réparable par opposition à celle qui ne l'est pas, l'annulation *ex nunc* et l'annulation *ex tunc*.

[38] Ibid., p. 306.

pour la validité des traités[39]». Selon ce courant doctrinal, les conditions de validité sont les suivantes: l'acte unilatéral doit avoir été accompli par un sujet compétent; son contenu doit être matériellement réalisable et ne pas être interdit par une norme impérative de droit international (*jus cogens*); et la volonté exprimée par l'auteur doit être sa volonté réelle et n'être entachée d'aucun vice. Quant à la forme que doit revêtir l'acte unilatéral, le principe est celui de la liberté, encore qu'il y ait, selon la doctrine, des actes unilatéraux pour lesquels une notification est exigée – afin que leurs effets reçoivent la publicité nécessaire et qu'ils acquièrent une certaine solidité juridique[40] (c'est par exemple le cas en droit de la mer des décisions concernant la délimitation des lignes de base et des eaux territoriales[41]). Hors, il s'agit dans ce dernier cas d'actes unilatéraux ressortissant à un régime conventionnel qui, comme on l'a dit dans les rapports précédents et au début du présent rapport, sont soumis à ce régime particulier.

17. Les causes de nullité qui seront analysées peuvent se ranger sous trois rubriques: *a*) la nullité pour l'incompétence du représentant; *b*) la nullité pour vice du consentement; *c*) la nullité pour violation d'une règle de *jus cogens*.

a) *La nullité pour l'incompétence du représentant*

18. La question sera traitée plus en détail dans le deuxième chapitre, mais on peut déduire de la pratique internationale qu'en plus des personnes qui représentent l'État au plus haut niveau, d'autres agents par leurs attributions et dans un contexte donné peuvent agir et engager l'État dans ses relations extérieures en formulant des actes unilatéraux juridiquement contraignants.

19. L'opinion majoritaire des publicistes et la pratique internationale, permettant de présumer que les personnes qui représentent l'État au niveau le plus élevé et qui, de ce fait, sont habilitées à exprimer son consentement dans l'ordre conventionnel, ont la même compétence pour engager l'État par un acte unilatéral. C'est une extrapolation – avec les risques que cela comporte – de la Convention de Vienne de 1969. Mais la sphère internationale présente de ce point de vue des complexités dont il ne sera donné qu'une illustration: la possibilité que d'autres personnes mentionnées dans la disposition de la Convention (les agents diplomatiques ou des représentants d'une conférence internationale) ou non (sous réserve qu'elles présentent des lettres de créance) aient dans une certaine mesure la capacité d'engager l'État qu'elles représentent; cette question a d'ailleurs déjà été analysée à propos de la qualité des personnes compétentes pour agir au nom de l'État et l'engager.

20. Cela étant, que se passe-t-il si le représentant de l'État outrepasse ses compétences? Cette question renvoie plus directement à la position adoptée en général dans l'ordre interne où les textes constitutionnels réservent un traitement assez complet aux organes qui participent à l'expression du consentement de l'État à être lié par un traité international, et aux modalités de cette expression, mais il n'en va pas de même pour les actes unilatéraux[42].

21. La Convention de Vienne de 1969 se montre prudente dans la codification des circonstances déterminant la compétence du représentant de l'État en matière d'engagements conventionnels. Elle prend pour hypothèse que les cas sont exceptionnels et postule donc le principe de la conservation et du maintien de la relation conventionnelle. Le Rapporteur spécial considère qu'on peut postuler les mêmes principes en matière d'acte unilatéral, car s'il n'y présidait pas, la méfiance s'instaurerait dans les relations internationales et affaiblirait en conséquence le moyen d'agir et de s'engager qu'est l'acte unilatéral. On pourrait aller jusqu'à dire que la situation d'incertitude et d'infraction à la parole donnée à laquelle donnerait naissance l'invocation de l'une des causes de nullité en question ferait pencher la balance en faveur de la confirmation – si elle était possible – de l'acte unilatéral entaché d'un vice. Pour lever cette incertitude, il serait utile de revenir, quand ce ne serait que rapidement, sur deux des principes de la partie V de la Convention, pour vérifier si les dispositions de celle-ci pourraient s'appliquer au sujet étudié.

---

[39] Degan, «Unilateral act as a source of particular international law», p. 187. On trouve une opinion presque identique dans Skubiszewski, «Les actes unilatéraux des États», p. 243, où l'auteur affirme: «Tout acte unilatéral doit exprimer l'intention véritable de son auteur. Les actes unilatéraux qui résultent d'une erreur, du dol ou bien de la corruption du représentant d'un État sont annulables; ceux qui résultent de la contrainte (exercée contre le représentant de l'État ou contre l'État lui-même) sont nuls et de nul effet. À cet égard, les causes de nullité des traités et des actes unilatéraux sont très proches.»

[40] La Cour internationale de Justice a fixé à cet égard une règle très stricte dans son récent arrêt dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) [République démocratique du Congo c. Rwanda]*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6 et suiv., en particulier p. 25, par. 41. Se référant concrètement au retrait des réserves, elle affirme qu'«[i]l convient en effet de distinguer clairement entre la décision prise dans l'ordre juridique interne d'un État de retirer une réserve à un traité et la mise en œuvre de cette décision dans l'ordre juridique international par les autorités nationales compétentes, qui ne peut s'opérer que par la notification du retrait de ladite réserve aux autres États parties au traité concerné».

[41] Compte tenu du caractère singulier de tels actes, qui relèvent de la matière conventionnelle du droit de la mer. À cet égard, comme l'affirme Ruiloba García, *Circunstancias especiales y equidad en la delimitación de los espacios marítimos*, p. 34, «[l]a délimitation maritime est de nature hétérogène dans la mesure où chaque cas présente des traits particuliers qui lui sont propres et le rendent unique et non renouvelable, comme un flocon de neige».

[42] Le Rapporteur spécial souscrit sans réserve à la critique de Remiro Brotóns: «[L]a concrétisation constitutionnelle de l'intervention parlementaire dans les traités correspond à une vision *statique* des moyens de production de règles et d'obligations internationales. Les traités n'épuisent pas ces moyens. Que l'on pense aux actes unilatéraux indépendants internationalement pertinents (la reconnaissance, la promesse, la contestation, les représailles). […] C'est un domaine qui n'est pas ouvert à la participation des Chambres – ni même, dans certaines occasions, à celle du gouvernement en tant qu'organe collégial – encore qu'il ne soit pas logique que l'on puisse *promettre* sans elles ce à quoi on peut *s'engager* avec elles par traité. Pour sortir de cette *zone d'ombre*, il faut qu'une *nouvelle vision* offre des solutions *différentes* pour la participation des Chambres, conformes à la fluidité et aux caractéristiques positivantes de ces obligations. Rares sont pour l'instant les systèmes nationaux qui ont osé effleurer ce domaine, et le système espagnol n'en fait pas partie. Nous citerons la Constitution du Danemark (art. 19.3) et celle de la Suède (chap. X, art. 2 et 6 à 8; chap. XIII, art. 2) comme exemples de modèle novateur de participation totale des Chambres – et non pas d'un contrôle strict – aux décisions les plus importantes de la politique extérieure, quel que soit leur habillage formel. Ces constitutions prévoient la mise en place d'organes réduits et représentatifs, prêts à se réunir sans délai, nourris d'informations confidentielles sur la marche des affaires internationales et consultés par le Gouvernement *avant* l'adoption des grandes décisions» (Remiro Brotóns, *Derecho International Público*, p. 116).

i) *L'article 46 de la Convention de Vienne de 1969*

22. Comme on le sait, l'article 46, intitulé «Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités» dispose en son premier paragraphe: «Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale[43].»

23. La formulation en termes négatifs dit bien le caractère exceptionnel de cette règle, qui veut qu'en principe aucun État ne puisse invoquer, pour déclarer un traité nul, une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités. S'il en va ainsi dans le domaine conventionnel, peut-être que la même solution pourrait être transposée dans celui des actes unilatéraux. Si l'on se réfère à l'avis donné par la Cour permanente de Justice internationale en 1932 en l'affaire du *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*[44], force est de constater que la position adoptée par la Convention de Vienne de 1969 était plus nuancée. Peut-être que la Commission, instruite par les précédents historiques, a voulu adopter un point de vue réaliste[45] et laisser de la marge pour certains cas extrêmes[46], expliqués dans les articles auxquels il est fait référence. L'idée de base est que le traité doit être préservé et que les cas de figure mentionnés sont exceptionnels.

24. Il faut donc rechercher s'il est possible d'alléguer comme cause de nullité le fait que l'acte unilatéral a été formulé en contravention manifeste avec une disposition de droit interne d'importance fondamentale concernant la compétence pour conclure des traités. Comme on l'a déjà dit, le grand problème est qu'à la différence de ce qui se passe avec les traités internationaux – pour lesquels les textes constitutionnels fixent en général les mécanismes et les organes participant à l'expression du consentement de l'État –, ces textes restent muets sur les actes unilatéraux.

25. L'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 met trois conditions à l'invocation de la nullité d'un traité: *a*) le vice doit concerner une règle du droit interne d'importance fondamentale, étant considérées comme telles la constitution et les lois formant le «bloc constitutionnel» en vigueur (il est entendu que la règle doit avoir été en vigueur tant au moment où l'acte unilatéral a été formulé qu'au moment où la nullité est invoquée); *b*) la règle en cause doit être relative à la compétence pour conclure des traités (ce membre de phrase étant pris au sens le plus strict), condition qui, selon le Rapporteur spécial, semble transposable aux actes unilatéraux avec les aménagements examinés plus loin; *c*) la violation du droit interne doit être manifeste, c'est-à-dire objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi[47].

26. Dans son deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États, le Rapporteur spécial a proposé un article assez étroitement inspiré des dispositions de la Convention de Vienne de 1969 et qui relevait sept causes de nullité d'un acte unilatéral. Il se lisait en partie comme suit:

*Article 7. Nullité de l'acte unilatéral*

Un État peut invoquer la nullité d'un consentement unilatéral:

[…]

*g*) [s]i son consentement à être lié par l'acte unilatéral s'est exprimé en violation manifeste d'une norme d'importance fondamentale de son droit interne[48].

27. Le texte est moins restrictif que l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 puisqu'il fixe le principe

[43] L'explication de ce qu'il faut entendre par «violation manifeste» est donnée au paragraphe suivant du même article, qui dit qu'«[u]ne violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi». Voir à ce propos Meron, «Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (*ultra vires* treaties): some recent cases».

[44] Voir avis consultatif du 4 février 1932, *C.P.J.I. série A/B, nº 44*, p. 24, où il est dit: «Il faut observer, cependant, que si, d'une part, d'après les principes généralement admis, un État ne peut, vis-à-vis d'un autre État, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier, mais seulement du droit international et des engagements internationaux valablement contractés, d'autre part et inversement, un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur. L'application de ces principes au cas dont il s'agit a pour effet que la question du traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise doit être résolue exclusivement sur la base des règles du droit international et des dispositions conventionnelles en vigueur entre la Pologne et Dantzig.»

[45] Voir cependant *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 263, par. 7, où il est fait allusion à cette question: «La pratique des États fournit des exemples où la non-validité a été invoquée pour des motifs d'ordre constitutionnel, mais dans aucun de ces cas pareille prétention n'a jamais été admise par l'autre partie au différend. De plus, dans trois cas – admission du Luxembourg à la Société des Nations, incident Politis et adhésion de l'Argentine –, la Société des Nations semble avoir agi en partant du principe qu'un consentement donné sur le plan international par un agent de l'État apparemment habilité à ce faire ne se trouve pas annulé du fait qu'il se révèle ultérieurement que ledit agent manquait, constitutionnellement, du pouvoir d'engager l'État.»

[46] On trouve un cas historique d'acte unilatéral contraire aux normes constitutionnelles fondamentales, et donc d'exécution impossible, dans l'affaire *George Croft (Portugal c. Royaume-Uni)*, qui a été réglée le 7 février 1856. Voir Coussirat-Coustère et Eisemann, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, p. 46: «Si à un moment quelconque le Gouvernement portugais, ou son représentant légal, avait donné au Gouvernement britannique, suivant les formes usitées dans les rapports internationaux, la promesse que M. Croft obtiendrait satisfaction ou serait indemnisé avec son appui, il n'y a pas de doute qu'un droit parfaitement valable eût pris naissance à l'effet d'obtenir satisfaction ou réparation du Gouvernement portugais, parce que telles sont les formes, constitutionnelles et internationales, dans lesquelles se contractent les obligations d'un État vis-à-vis d'un autre. Mais on ne peut pas prétendre qu'il en soit ainsi quand il n'y a qu'un ordre adressé par un gouvernement à ses propres autorités en faveur d'un sujet étranger, alors qu'aucune promesse n'en a été préalablement faite au gouvernement dont relève cet étranger. Si, dans ce cas, l'ordre donné rencontre des obstacles constitutionnels, qui en rendent l'exécution impossible, on ne peut pas, d'après le droit international, former valablement une réclamation contre le gouvernement en raison des dommages occasionnés par l'inexécution de son ordre.» Voir également Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, p. 4982 et 4983.

[47] Voir Elias, «Problems concerning the validity of treaties», p. 357 et 358; voir également *Annuaire… 1966* (note 45 *supra*), p. 264, par. 11. La Commission est arrivée à la conclusion qu'il ne serait ni pratique ni indiqué d'essayer de spécifier d'avance les cas dans lesquels une violation du droit interne peut être tenue pour «manifeste», la réponse à cette question dépendant nécessairement, dans une large mesure, des circonstances particulières à chaque cas donné.

[48] *Annuaire… 1999*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/500 et Add.1, p. 230, par. 109.

de la violation manifeste d'une norme d'importance fondamentale mais ne précise pas que cette norme doit être relative à la compétence pour exprimer le consentement (cette fois en matière d'actes unilatéraux[49]).

28. Le projet présenté l'année suivante dans le troisième rapport sur les actes unilatéraux des États était encore plus modéré, l'alinéa *h* de l'article 5 définissant la condition de nullité suivante: «Si l'acte unilatéral formulé est contraire à une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État qui en est l'auteur[50].» La formule a provoqué des réactions à la Commission, comme le dit le rapport sur sa cinquante-deuxième session en 2000:

> De l'avis de certains membres, tel qu'il était rédigé, cet alinéa risquait d'être interprété comme donnant la primauté au droit interne sur les engagements assumés en droit international, ce qui serait inacceptable. Des membres se sont aussi demandé si cet alinéa ne risquait pas de favoriser une situation dans laquelle un État utiliserait les dispositions de son droit interne pour échapper à des obligations internationales qu'il avait fait naître en formulant un acte unilatéral valide[51].

D'autre part, l'une des propositions avancées au cours de ce débat voulait que l'alinéa souligne qu'au moment de la formulation de l'acte «une norme d'importance fondamentale du droit interne ou constitutionnel concernant la faculté d'assumer des obligations internationales ou de formuler des actes juridiques sur le plan international [ait] été violée[52]». Cette proposition n'a pas été acceptée et la formulation très générale du projet donne à entendre que toute violation d'une norme de droit interne, mais d'importance fondamentale tout de même, peut entraîner la nullité de l'acte unilatéral, avec les risques que cela comporte.

29. Le Rapporteur spécial est donc enclin, suivant de près les débats de Vienne tels qu'ils se reflètent dans la Convention de Vienne de 1969, à adopter un point de vue restrictif à l'égard des causes générales de nullité, plus particulièrement encore à l'égard de celle qui vient d'être mentionnée. Le besoin de certitude juridique exige que les représentants de l'État soient prudents lorsqu'ils contractent un engagement international, c'est-à-dire aussi lorsqu'ils accomplissent un acte unilatéral. La possibilité de confirmer l'acte restera toujours ouverte, solution qui, outre qu'elle dispose du caractère absolu de la nullité, permet à l'État de s'en sortir beaucoup mieux, et du point de vue de la prise d'engagement et du point de vue de la parole donnée[53].

30. Cela étant, on pourrait formuler comme suit le principe directeur relatif à la conformité de l'acte unilatéral à l'ordre juridique interne:

«*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 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.»

ii) *La restriction particulière du pouvoir d'exprimer le consentement d'un État*

31. L'article 47 de la Convention de Vienne de 1969, intitulé «Restriction particulière du pouvoir d'exprimer le consentement d'un État», a directement trait au sujet à l'examen et dispose:

> Si le pouvoir d'un représentant d'exprimer le consentement d'un État à être lié par un traité déterminé a fait l'objet d'une restriction particulière, le fait que ce représentant n'a pas tenu compte de celle-ci ne peut pas être invoqué comme viciant le consentement qu'il a exprimé, à moins que la restriction n'ait été notifiée, avant l'expression de ce consentement, aux autres États ayant participé à la négociation.

32. Cet article est encore plus restrictif que l'article 46 susmentionné. C'est pour cela sans doute que, selon Nahlik, qui traite des deux règles à la fois, «les affaires concrètes dans lesquelles l'un des deux articles pourrait être invoqué sont extrêmement rares[54]». L'article 47 n'est pas transposable *in toto* dans le domaine des actes

---

[49] Pendant les débats de la cinquante et unième session, en 1999, les membres de la Commission ont adopté des points de vue divergents. Certains soutenaient que la disposition devait suivre de plus près l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969; pour d'autres, le procédé de l'acte unilatéral devait rester souple, et la disposition en question consacrer cette nécessité [ibid., vol. II (2e partie), p. 144, par. 559].

[50] *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/505, p. 283, par. 167.

[51] Ibid., vol. II (2e partie), p. 103, par. 602.

[52] Ibid., par. 603.

[53] Un cas intéressant à cet égard a été réglé par la Cour constitutionnelle guatémaltèque dans son arrêt du 3 novembre 1992, dans lequel elle a affirmé la validité d'une série de décisions du Président de la République, Jorge Serrano Elías, en vertu desquelles le Belize avait été reconnu et des relations diplomatiques établies avec lui. L'opposition historique entre le Guatemala et le Belize avait fait naître l'article 19, par. 1, disposition transitoire de la Constitution du Guatemala de 1985, qui se lit comme suit: «Le pouvoir exécutif est habilité à réaliser les démarches tendant à résoudre la situation des droits du Guatemala à l'égard du Belize, conformément aux intérêts de la nation. Tout accord définitif devra être soumis par le Congrès de la République au processus de consultation populaire prévu à l'article 173 de la Constitution.»

La question était de savoir si la reconnaissance du Belize par le Guatemala devait être tenue pour un «accord définitif» et, dans l'affirmative, s'il fallait considérer comme nulles les conséquences et les suites des décisions présidentielles. L'opinion de la majorité des juges ayant pris part à la rédaction de l'arrêt de la Cour constitutionnelle était que l'acte de reconnaissance était le fruit des transformations qu'avait connues ce contentieux en raison de l'indépendance du Belize du Royaume-Uni, sans qu'il puisse être considéré comme un acte définitif au sens et avec les conséquences que donnait à entendre le texte de la Constitution. La position soutenue par le Président et deux autres juges «raisonnablement contre» était différente, suivant en cela González Vega («El reconocimiento de Belice ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: la sentencia de 3 de noviembre de 1992», p. 580), qui prévoit la même solution que celle que préconisait cette minorité: comme il n'y avait pas eu intervention du Congrès de la République et du peuple, l'acte de reconnaissance du Belize ne représentait pas une décision de l'État et ne pouvait donc avoir aucun effet juridique; par conséquent, il ne pouvait être exécuté. Cet auteur exprime l'idée suivante: «Voici donc la conséquence évidente que soutient la minorité de la Cour constitutionnelle: l'invalidité de l'acte de reconnaissance et, implicitement, sa révocabilité puisqu'il émane d'un organe qui n'avait pas compétence en vertu de la Constitution guatémaltèque.» (ibid., p. 584)

Il y a sans doute de multiples raisons qui expliquent pourquoi la Cour a adopté son arrêt, dont le changement de paysage international et la volonté de ne pas laisser dans le flou la position du pays à la suite d'une démarche de son représentant le plus élevé. Voir à ce propos González Vega, loc. cit. Une autre affaire de même nature a été évoquée dans le huitième rapport sur les actes unilatéraux des États [*Annuaire… 2005* (note 1 *supra*), p. 127, par. 13 à 35], note datée du 22 novembre 1952 émanant du Ministre des relations extérieures de la Colombie et relative à l'archipel de Los Monjes, à laquelle le Rapporteur spécial renvoie.

[54] Nahlik, «The grounds of invalidity and termination of treaties», p. 741.

unilatéraux en raison des particularités de ceux-ci déjà évoquées et qui se marquent essentiellement par un mode d'accomplissement particulier. À la différence des traités internationaux, pour lesquels le représentant de l'État a la possibilité de faire savoir aux délégations des autres États le contenu des restrictions qui pèsent sur l'expression de son consentement, l'acte unilatéral, pour lequel il n'y a pas d'autres parties aux négociations, échappe par essence à cette disposition. De fait, ces restrictions ne figuraient pas parmi les causes de nullité mentionnées dans les deuxième et troisième rapports sur les actes unilatéraux des États[55], mais on renvoyait à l'un des principes fondamentaux du projet d'article présenté, celui de la possibilité de la confirmation de l'acte unilatéral, question qui a déjà été envisagée.

33. Deux choses ont été ajoutées à la disposition correspondante de la Convention de Vienne de 1969: la mention de l'engagement de l'État sur le plan international (aspect essentiellement lié aux actes unilatéraux, même s'il est aussi valable pour les traités) et le paragraphe consacré à la confirmation nécessaire de l'acte.

34. Cela étant, on proposera le projet de principe directeur qui suit, étant entendu qu'il n'est peut-être pas indispensable puisqu'un principe directeur a déjà été formulé à propos de la confirmation de l'acte, dont le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États est saisi:

*«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.»

b) *La nullité pour vice du consentement*

35. Les causes de nullité analysées sous cette rubrique ont pour dénominateur commun un vice du consentement à s'engager par la voie d'un acte unilatéral. Ici encore, la Convention de Vienne de 1969 est le texte de référence. Trois des causes en question (l'erreur, le dol et la corruption) prennent leur origine dans la tradition romaniste et ont été introduites dans la Convention pour deux raisons principales. La première est qu'elles servent en quelque sorte de soupape de sécurité pour le cas où apparaîtrait une des situations envisagées, même si cela se produit rarement. La deuxième est qu'elles répondent d'avance à l'argument de non-exhaustivité de la Convention en matière de nullité, que les États pourraient alléguer pour rechercher d'autres motifs de nullité. Ces trois causes seront étudiées tour à tour.

i) *L'erreur*

36. Dans le rapport qu'elle a présenté à l'Assemblée générale à sa dix-huitième session en 1966, où figurait le projet d'articles sur le droit des traités assorti de commentaires, la Commission faisait observer qu'«il y a eu peu de cas où des erreurs de fond ont été invoquées comme influant sur la validité substantielle d'un traité. Dans presque tous les cas qui se sont effectivement présentés, il s'agissait d'erreurs géographiques et, le plus souvent, d'erreurs relevées sur des cartes[56]». Si cela est vrai pour les traités, cela peut l'être aussi pour les actes unilatéraux.

37. Pour ce qui est de l'erreur comme motif de nullité, la pratique internationale est aussi rare que la jurisprudence, encore que certaines réflexions fournissent des exemples éclairants. Ainsi, dans l'affaire relative au *Statut juridique du Groënland oriental*, le juge Anzilotti affirmait dans son opinion dissidente:

> Toute autre est la question de savoir si la déclaration du Ministre des affaires étrangères de Norvège se trouve être viciée d'une erreur essentielle du fait qu'elle aurait été donnée en ignorant que l'extension de la souveraineté danoise entraînerait une extension correspondante du monopole et de la fermeture du pays.
>
> […]
>
> Mon opinion est qu'il n'y a pas eu erreur du tout, et que le silence du Gouvernement danois sur la question dite du monopole et le manque de toute observation ou réserve dans la réponse de M. Ihlen s'expliquent de la manière la plus simple par le caractère de cette démarche faite en vue d'un règlement futur. Si, toutefois, on veut supposer pour un moment que M. Ihlen se soit mépris sur les conséquences qui seraient dérivées de l'extension de la souveraineté danoise, on doit reconnaître que cette erreur ne serait pas de nature à entraîner la nullité de l'accord. *Toute erreur doit être excusable; et il n'est guère facile d'admettre qu'un gouvernement puisse ignorer les conséquences légitimes d'une extension de souveraineté**; j'ajoute que, de tous les gouvernements, le Gouvernement norvégien était le dernier à pouvoir ignorer les méthodes danoises d'administration du Groënland et le rôle qu'y joue le régime de monopole et de fermeture du pays[57].

38. Il est d'une manière générale admis que pour vicier l'expression du consentement de l'État à un traité, l'erreur doit porter sur une question qui constitue une base essentielle du consentement de l'État à être lié par ledit traité. De l'avis du Rapporteur spécial, cette solution devrait s'appliquer *mutatis mutandis* aux actes unilatéraux[58].

39. Dans le deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États, le Rapporteur spécial a proposé un texte presque identique à celui de la Convention de Vienne de 1969 (art. 48), consacré à l'erreur, mais les caractéristiques essentielles que doit présenter l'erreur y étaient exposées en condensé dans les termes suivants:

> Un État peut invoquer la nullité d'un consentement unilatéral:
>
> *a*) [s]i son consentement à accomplir un tel acte s'est exprimé sur la base d'une erreur de fait ou d'une situation qu'il 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. Cette condition ne s'applique pas lorsque l'État a contribué à cette erreur par son comportement ou lorsque les circonstances étaient telles qu'il devait être averti de la possibilité d'une erreur[59].

40. Les membres de la Commission ont exprimé des opinions diverses, par exemple à propos de la nécessité de s'écarter davantage de la Convention de Vienne de 1969 en raison des différences de nature qu'il y avait entre l'acte

[55] *Annuaire… 1999* et *Annuaire… 2000* (voir *supra* les notes 48 et 50).

[56] *Annuaire… 1966* (voir *supra* la note 45), p. 265, par. 1 du commentaire relatif à l'article 45.

[57] *Statut juridique du Groënland oriental*, arrêt, *1933*, *C.P.J.I. série A/B, nº 53*, p. 92.

[58] Comme l'a fait valoir Oraison, *L'erreur dans les traités*, p. 41.

[59] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 48), p. 229, par. 109, art. 7.

unilatéral et le traité international[60]; ou de ne pas utiliser «consentement» en raison des connotations qui rapprochaient ce terme du droit des traités[61]. Cette dernière idée a été retenue dans le troisième rapport sur les actes unilatéraux des États, où le projet d'article figurait intact à l'exception de sa proposition liminaire, «Si l'acte a été formulé sur la base[62]», remplaçant la formulation inverse: «Si le consentement de l'État à formuler cet acte s'est exprimé».

41. En réalité, le Rapporteur spécial croit que l'erreur doit, pour être un motif de nullité de l'acte unilatéral, avoir un caractère essentiel et s'écarter du comportement des États, étant entendu que la bonne foi – l'État qui prétend annuler l'acte ne doit pas avoir contribué à l'erreur par son comportement – agit comme un frein à l'égard des comportements par lesquels l'État prétendrait se décharger finalement des engagements auxquels il a souscrit dans la sphère internationale.

42. L'erreur doit être alléguée par l'État qui a formulé l'acte unilatéral et qui l'a commise, même si l'on peut imaginer qu'un autre État – le bénéficiaire de l'acte unilatéral – porte à la connaissance de l'État auteur une erreur que les circonstances lui auraient rendu visible. Bien que cela soit extrêmement rare, il peut aussi arriver que l'erreur soit provoquée par la conduite frauduleuse d'un tiers, ce qui ouvre la voie à deux motifs de nullité vidant l'acte unilatéral de son contenu, sauf si les circonstances de l'affaire et la volonté de l'État auteur amènent à maintenir celui-ci en vigueur par confirmation.

43. À propos de cette cause de nullité éventuelle, on présentera ci-dessous un principe directeur qui constituera le premier des paragraphes consacrés aux causes de nullité; les paragraphes suivants seront reproduits après l'explication de chacune d'elles:

«*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[63].»

ii) *Le dol*

44. Selon l'article 49 de la Convention de Vienne de 1969: «Si un État a été amené à conclure un traité par la conduite frauduleuse d'un autre État ayant participé à la négociation, il peut invoquer le dol comme viciant son consentement à être lié par le traité.» Il convient de se demander si cette cause de nullité, valable pour le traité international, peut l'être aussi *mutatis mutandis* pour l'acte unilatéral. Pour Sicault, le dol[64] et l'erreur sont deux motifs de nullité parfaitement valables pour les actes unilatéraux. Le fait que les deux cas de figure sont mentionnés ensemble s'explique sans doute par la minceur de la ligne qui les sépare, comme la doctrine l'a montré à plusieurs occasions[65].

45. Si l'on accepte cette cause de nullité pour l'acte unilatéral, il faut l'assortir des mêmes conditions que dans la sphère conventionnelle. Remiro Brotóns énumère trois caractéristiques que doit présenter le comportement de l'intéressé pour être qualifié de dolosif et rendre nul l'acte accompli sur la base de ce comportement: *a*) un élément matériel, qualifié de conduite frauduleuse, qui, selon la Commission, comprend «toutes fausses déclarations, fausses représentations ou autres procédés trompeurs[66]»; *b*) un élément psychologique: l'intention ou le dessein de tromper (dans le contexte de l'acte unilatéral, l'intention d'induire l'État auteur à réaliser la chose promise, de quelque nature qu'elle soit); *c*) un résultat, produit par le procédé dolosif. On dit en ce sens que le dol doit être essentiel[67].

46. En matière d'actes unilatéraux, la proposition présentée à la Commission dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial était formulée à l'alinéa *b* du projet d'article 7 d'alors, selon lequel «[s]i [l'État] a été amené à accomplir l'acte par le comportement frauduleux d'un autre État», la nullité peut être invoquée[68]. On a même ajouté à l'époque: «Le dol peut se réaliser aussi par omission: c'est le cas où un État au fait de certaines réalités s'abstient de le faire savoir et amène ainsi un autre État à accomplir un acte juridique[69].» Cette dernière proposition a cependant été critiquée par certains membres de la Commission à qui il semblait que cette interprétation pouvait «empiéter sur l'art qu'avaient certains États de conduire leur politique étrangère et de persuader d'autres États de se rallier à cette politique[70]». Ce n'est que par un travail d'interprétation que l'on pourra faire la distinction entre les situations où il y a dol et les autres.

---

[60] Il a été dit qu'il devait être plus facile pour un État de corriger une erreur commise au moment de la formulation d'une déclaration qu'une erreur commise au moment de la conclusion d'un traité, en raison de la souplesse avec laquelle pouvait être accompli le premier acte, à la différence du second [ibid., vol. II (2e partie), p. 144, par. 555].

[61] *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), p. 102, par. 593.

[62] Ibid., vol. II (1re partie) [voir *supra* la note 50], p. 282, par. 167.

[63] Pour formuler l'idée que les autres États – et pas seulement celui qui est l'auteur de l'acte unilatéral – peuvent invoquer l'erreur, on pourrait utiliser la formule suivante, soumise à la Commission pour examen: «L'erreur peut être invoquée comme cause permettant de déclarer un acte unilatéral nul si cet acte a été formulé sur la base d'une erreur de fait ou d'une situation dont cet État pouvait présumer l'existence au moment de la formulation, et si ce fait ou cette situation constituait une base essentielle du consentement de cet État à être lié par cet acte.»

[64] Sicault, «Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», p. 667: «Il faut, en effet, admettre que si l'auteur d'un engagement unilatéral a été amené à émettre ledit engagement par la conduite frauduleuse d'un autre sujet du droit international public, il peut invoquer le dol comme viciant son consentement à être lié par son engagement.»

[65] Voir Oraison, «Le dol dans la conclusion des traités», p. 622.

[66] *Annuaire… 1966* (voir *supra* la note 45), p. 266, par. 3 du commentaire relatif à l'article 46.

[67] Remiro Brotóns, op. cit., p. 435.

[68] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 48), p. 229, par. 109; le texte est similaire à celui de l'alinéa *b* du projet d'article 5 présenté dans le troisième rapport, *Annuaire… 2000* (voir *supra* la note 50), p. 282, par. 167.

[69] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 48), p. 232, par. 136.

[70] Ibid., vol. II (2e partie), p. 144, par. 555.

47. À titre de projet de principe directeur, on proposera un deuxième paragraphe pour l'article consacré aux causes de nullité:

«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.»

iii) *La corruption du représentant de l'État*

48. Cette cause de nullité est apparue tardivement dans le projet d'articles qui devait donner naissance à la Convention de Vienne de 1969, car on pensait au départ qu'elle pouvait être associée au dol; il a ensuite été décidé de l'introduire à part, ce qui a donné l'article 50 ainsi rédigé: «Si l'expression du consentement d'un État à être lié par un traité a été obtenue au moyen de la corruption de son représentant par l'action directe ou indirecte d'un autre État ayant participé à la négociation, l'État peut invoquer cette corruption comme viciant son consentement à être lié par le traité.» La force même du mot «corruption» oblige à apporter une précision: la notion ne couvre pas les distinctions ou attentions qui sont d'usage dans la pratique diplomatique, il faut qu'il y ait avantage[71]. L'absence de précédent s'explique peut-être par le fait que les États ne sont pas du tout enclins à admettre que leurs représentants ont été mis en cause par un vice de consentement[72].

49. Dans le domaine des actes unilatéraux, cette cause de nullité pourrait jouer à peu près le même rôle que dans celui des traités. Cela étant, si l'on analyse les termes dans lesquels a été formulée la disposition correspondante dans le deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États, on constate une restriction qui a disparu dans le troisième rapport. L'article proposé au début (art. 7 *c*) se lisait ainsi:

> Un État peut invoquer la nullité d'un consentement unilatéral:
>
> […]
>
> *c*) [s]i l'expression de son consentement à être lié par l'acte unilatéral a été obtenue au moyen de la corruption de son représentant par l'action directe ou indirecte d'un autre État[73].

50. Le membre de phrase «l'expression de son consentement à être lié» restreint le champ d'application de cette disposition, nuancée dans le troisième rapport sur les actes unilatéraux des États sous la forme suivante: «Si l'acte a été formulé suite à la corruption par l'action réalisée directe ou indirecte d'un autre État, de la personne qui l'accomplit[74].» La première partie de la proposition a subi la modification; il y est dit «Si l'acte a été formulé», et à «représentant» a été substitué «personne qui l'accomplit», expression plus générale mais également moins sûre sur le plan juridique.

51. Il est sans doute nécessaire et utile de prévoir une cause de nullité de cette nature, la réalité internationale étant telle qu'elle pourrait faciliter l'apparition d'actes qui seraient ainsi viciés. Certains membres de la Commission se sont dits de cet avis, eu égard à la nécessité de lutter universellement contre l'éventualité envisagée, comme l'ont fait la Convention interaméricaine contre la corruption, la Convention adoptée par le Conseil de l'Europe pour lutter contre la corruption dans le domaine pénal, et le Protocole additionnel s'y rapportant. Une autre nuance intéressante, expliquée par la Commission dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième session en 2000, consiste à limiter la figure de la corruption au résultat de l'«action directe ou indirecte d'un autre État». On a fait observer que dans le monde international contemporain il était indubitable, vu l'énorme puissance que certaines entités pouvaient mobiliser, que «[l]'on ne pouvait écarter la possibilité que la personne formulant l'acte unilatéral soit corrompue par une autre personne ou une entreprise[75]».

52. Cela étant, le projet de principe directeur du paragraphe 3 se lirait comme suit:

«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.»

iv) *La contrainte*

53. La contrainte est, après l'erreur et le dol et avec les nuances qui seront examinées ci-après, la troisième des causes de nullité prévues par la Convention de Vienne de 1969. Elle trouve son origine dans la tradition ancienne du droit romain. La Convention distingue deux types de contrainte, celle qui s'exerce sur le représentant de l'État (art. 51) et celle qui s'exerce sur l'État lui-même, sous forme de menace ou d'emploi de la force (art. 52). Ces deux causes semblent tout à fait valables pour les actes unilatéraux.

a. *La contrainte exercée sur le représentant de l'État*

54. La pratique présente quelques cas dans lesquels la contrainte exercée sur un représentant de l'État, parfois au risque de sa vie, a conduit à la conclusion d'accords, et même à l'accomplissement d'actes qui n'auraient jamais vu le jour sans cette circonstance[76]. La contrainte qui doit être exercée sur le représentant (en tant que personne et non en tant qu'institution publique) couvre un nombre

[71] On trouve une définition du terme «corruption» dans l'*Annuaire… 1966* (note 45 *supra*), vol. II, p. 267, par. 4 du commentaire relatif à l'article 47, selon laquelle «des actes visant à peser lourdement sur la volonté du représentant de conclure le traité peuvent être invoqués en tant que motif viciant l'expression du prétendu consentement donné par ce représentant au nom de son État», mais non «un simple geste de courtoisie ou une faveur minime» accordé pour marquer la conclusion de l'acte.

[72] Comme le dit Sinclair dans *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 175: «Il existe indubitablement un garde-fou d'ordre pratique dans la mesure où les États ne seront pas enclins à admettre que leurs propres représentants ont été corrompus.»

[73] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 48), p. 229, par. 109.

[74] *Annuaire… 2000* (voir *supra* la note 50), p. 283, par. 167.

[75] Ibid., vol. II (2e partie), p. 102, par. 594.

[76] Remiro Brotóns, op. cit., p. 438, en donne un exemple intéressant: «Une fois là-bas, fait prisonnier le 20 avril, il [Ferdinand VII] fut menacé d'exécution pour haute trahison à l'égard de son père, Charles IV, à moins d'abdiquer, ce qu'il fit le 6 mai. Le jour précédent, en échange d'une rémunération en espèces, Charles IV avait renoncé à ses droits en faveur de Napoléon, qui les céda à son tour à son frère Joseph. Ces faits ont été considérés comme nuls pour *dol* et *violence* par les cours de Cadix qui, par la suite, en 1811, devaient rendre un arrêt proclamant la nullité de tout engagement pris par Ferdinand VII alors qu'il était prisonnier à Valencey.»

considérable de situations analogues, dont notamment, comme l'a indiqué la Commission elle-même dans son commentaire sur les articles, «toute forme de contrainte […] ou de menace[77]», c'est-à-dire autant celles qui menacent l'intégrité physique que celles qui menacent la liberté, la carrière professionnelle, le patrimoine ou la situation sociale et familiale de la victime.

55. Dans le domaine des traités, l'une des différences entre la contrainte et la corruption est le fait que la première peut être exercée par n'importe qui, alors que la corruption n'est possible que lorsqu'elle est le fait de l'autre État partie à la négociation. Dans le domaine des actes unilatéraux, il serait commode d'assimiler les deux figures puisque rien n'empêche que la corruption soit le fait d'entités ou de personnes qui ne sont pas à proprement parler des États mais dont les moyens de pression leur permettent de corrompre le représentant et de lui faire prendre un engagement qu'il n'aurait pas pris autrement.

56. Peut-être serait-il malencontreux d'entourer cette cause de nullité de restrictions disproportionnées, comme celles qui marquaient le projet d'article 7 du deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États, lequel permettait d'invoquer la nullité d'un acte unilatéral «[s]i l'expression [du] consentement [de l'État] à être lié par l'acte unilatéral a été obtenue par la contrainte exercée sur son représentant au moyen d'actes ou de menaces dirigés contre lui[78]». On pourrait interpréter l'expression «dirigés contre lui» comme signifiant que la contrainte peut être exercée contre les intérêts personnels directs du sujet (son patrimoine, sa famille) pour obtenir l'effet recherché – et on notera que «contrainte» va mieux que «coercition», qui donne une idée de force physique qui n'est pas nécessairement réalisée ici.

57. La proposition faite l'année suivante présentait certains changements, analogues à ceux qui avaient été apportés à la disposition sur la corruption, mais les autres éléments que l'on vient de souligner conservaient leur caractère général. Elle se lisait comme suit: «Si, dans la formulation de l'acte, une contrainte a été exercée, par des actes ou des menaces, sur la personne qui l'accomplit[79].» Le caractère particulièrement abrupt de ce motif de nullité a été souligné au cours du débat de la Commission, qui a fait observer que

> l'exercice d'une contrainte sur la personne qui accomplissait l'acte constituait un cas à part puisqu'en l'espèce la personne en question n'exprimait pas la volonté de l'État qu'elle était censée représenter, mais celle de l'État qui exerçait la contrainte. Sans volonté, il n'y avait pas d'acte juridique et s'il n'y avait pas d'acte, il n'y avait rien à annuler. Si les cas évoqués dans les autres alinéas étaient des cas de *negotium nullum*, on était dans l'alinéa *d* en présence d'un cas de *non negotium*[80].

Il en découle une nullité originaire, étant admis que l'acte dont il s'agit n'a pas existé, qu'il était frappé de nullité dès son principe.

58. Le principe directeur à ce sujet pourrait être formulé comme suit:

«4. La contrainte exercée sur la personne qui a accompli 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.»

### b. *La contrainte exercée sur l'État par la menace ou l'emploi de la force*

59. Il s'agit de la cause de nullité d'un traité la plus importante et la plus moderne. La naissance et le développement de la notion sont liés à la proclamation et à l'extension de l'interdiction de l'emploi et de la menace de la force dans les relations internationales, qui ont fait disparaître l'un des mécanismes traditionnels d'acquisition du territoire (l'annexion), en général sanctionné par un traité international. Certaines questions qui ont directement trait à cette cause de nullité méritent cependant d'être soulevées. La première tient à la nature de la force visée à l'article 52 de la Convention de Vienne de 1969. La Déclaration sur l'interdiction de la contrainte militaire, politique ou économique lors de la conclusion de traités, annexée à l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, illustre la position soutenue par un groupe important d'États (notamment les pays en développement) et fait bien apparaître les divergences de vues qui opposaient ceux-ci (qui souhaitaient que l'on interprète *lato sensu* la notion de force) et les tenants d'une règle restrictive, qui devaient finalement avoir le dernier mot[81]. Toujours est-il que l'on est immanquablement conduit à se demander s'il convient de conserver dans le contexte international contemporain la même notion qu'en 1969 ou d'adopter une perspective plus large embrassant aussi les actes unilatéraux qui pourraient éventuellement apparaître.

60. En premier lieu, le deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États reproduisait presque à l'identique (à l'exception du chapeau) la disposition correspondante de la Convention de Vienne de 1969. Y était posée comme condition de nullité la situation produite par «l'accomplissement de l'acte unilatéral […] obtenu par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies[82]».

61. Il a été proposé au cours des débats à la Commission d'ajouter une clause supplémentaire de nullité, à savoir celle des actes unilatéraux formulés en violation d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, par exemple un acte de reconnaissance pris en violation d'une résolution du Conseil de sécurité invitant les États Membres à ne pas reconnaître une entité particulière en tant qu'État[83]. En écho à cette proposition, le troisième rapport sur les actes

[77] *Annuaire… 1963*, vol. II, document A/5509, p. 205, par. 2 du commentaire relatif à l'article 35.

[78] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 48), p. 229, par. 109, art. 7 *d*.

[79] *Annuaire… 2000* (voir *supra* la note 50), p. 283, par. 167, art. 5 *d*.

[80] Ibid., vol. II (2e partie), p. 102, par. 595.

[81] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969* (A/CONF.39/11/Add.2, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), document A/CONF.39/26. Comme le dit Nahlik, loc. cit., p. 744, la disposition a été le résultat d'un accommodement ayant pour effet de limiter l'article 52 aux cas couverts par cette interdiction selon les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies.

[82] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 48), p. 229, par. 109, art. 7 *e*.

[83] Ibid., vol. II (2e partie), p. 144, par. 560. Cette proposition a été faite par M. Dugard (ibid., vol. I, 2595e séance, par. 24) ainsi que par la Pologne à la Sixième Commission [*Documents officiels de*

unilatéraux des États proposait de tenir l'acte unilatéral pour nul si, au moment de sa formulation, il «contrevient à une décision du Conseil de sécurité[84]», sans plus de précision.

62. Les débats que la Commission a consacrés à la question de savoir s'il fallait ou non retenir cet alinéa ont été ardus. Certains membres de la Commission défendaient l'idée de l'inclure, d'autres proposaient de le rédiger en termes plus étroits, d'autres encore plaidaient pour sa disparition. Il est certain qu'il peut arriver qu'un acte unilatéral soit en contradiction avec une décision du Conseil de sécurité adoptée postérieurement. Celle-ci ne devrait pas nécessairement emporter la nullité de l'acte mais entraîner sa suspension – par exemple pendant tout le temps que resterait imposée une sanction décidée par le Conseil[85]. Peut-être convient-il de se demander si l'on ne pourrait pas inclure cette circonstance, la décision du Conseil, parmi les normes de caractère impératif, qui obligent tous les États. On pourrait tirer de l'Article 2, paragraphe 6, et des Articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies[86] l'idée que les actes unilatéraux accomplis en violation d'une telle norme ne sont pas valables et que l'exécution des actes formulés avant l'adoption de la norme doit être suspendue jusqu'au moment où la décision pertinente cesse d'être effective. La Commission devra examiner très attentivement cette question et décider de conserver ou non cette cause de nullité.

63. Le recours à la force et l'encadrement normatif actuel soulèvent directement une autre question, celle de la reconnaissance et du rôle qu'elle joue. Le Rapporteur spécial se heurte ici de front à ce que l'on a fini par appeler la doctrine des «limites de la liberté de reconnaissance». L'une des limites les plus intéressantes, parce qu'elle est susceptible de toucher à la matière à l'étude, est la non-reconnaissance des États nés d'une intervention ou de l'emploi de la force[87].

64. Les répertoires de la pratique présentent diverses affaires de reconnaissance s'inscrivant dans des circonstances très différentes. On peut citer l'affaire *Fritz Jellinek et autres c. Victor G. Lévy*, jugée par le tribunal de commerce de la Seine dans son arrêt du 18 janvier 1940, le tribunal refusant de considérer comme valides les expropriations et autres actes faisant intervenir la force effectués par l'Allemagne contre la Tchécoslovaquie[88]; ou l'affaire *Administration des Domaines c. Dame Sorkin*, dans laquelle le tribunal de Paris a affirmé dans son arrêt du 21 juillet 1953 qu'aucun effet juridique ne pouvait découler de l'annexion ou de l'occupation par la force[89], conclusion à laquelle était déjà parvenue la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 24 juillet 1946 (*Wagner et autres*[90]), et bien d'autres décisions jurisprudentielles encore[91]. On peut aussi citer des affaires plus récentes: la non-reconnaissance de l'annexion des hauteurs du Golan par Israël et les protestations qui s'ensuivirent[92], l'opposition franche et directe à laquelle s'est heurtée la création d'un État chypriote turc[93] ou encore l'occupation du Koweït par l'Iraq[94].

65. Malgré tout, cette conception a connu plusieurs phases hésitantes dans le passé: il arrive qu'une situation

*l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-quatrième session*, 25e séance (A/C.6/54/SR.25), par. 122].

[84] *Annuaire… 2000* (voir *supra* la note 50), p. 283, par. 167, art. 5 *g*.

[85] Ibid., vol. II (2e partie), p. 103, par. 601.

[86] Cela va de soi si l'on interprète ces articles sans s'en tenir strictement à la lettre. Ainsi, l'Article 103 de la Charte devrait couvrir également les engagements pris par voie d'acte unilatéral et pas seulement par voie conventionnelle pour s'appliquer ici. Cet article dit: «En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premiers prévaudront.» On pourrait en conclure en toute logique que l'acte unilatéral qui se trouverait dans ce genre de conflit serait privé d'effet. À cet égard, l'Article 25 de la Charte, qui dispose que «[l]es Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte», définit clairement la nature de ces décisions. Mieux encore, en ce qui concerne les décisions touchant au maintien de la paix et de la sécurité internationales, la Charte en impose même l'exécution aux États qui ne sont pas Membres de l'Organisation (et dont le nombre est en fait infime); le paragraphe 6 de l'Article 2 dit ceci: «L'Organisation fait en sorte que les États qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales.»

[87] Voir à ce propos Rodríguez Carrión, *Lecciones de derecho internacional público*, p. 92, qui analyse ces limites et donne divers exemples.

[88] Le tribunal fait observer que «les tribunaux français ne sauraient permettre que produisent aucun effet, sur le territoire de la République, les actes de dépossession violente auxquels il a été procédé par le Reich allemand à l'égard des citoyens prétendus non aryens, pour ce seul motif et sans indemnisation correspondante» (Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, p. 17, p. 29).

[89] Kiss, op. cit., p. 28, par. 51: «Considérant sans doute qu'Auschwitz ou plus exactement Osweicim se trouvant en territoire polonais, la loi locale était en l'espèce la loi polonaise, qu'une annexion de fait ou une occupation par la force ne pouvait faire juridiquement disparaître.»

[90] Ibid., p. 29, par. 52: «Attendu que la prétendue déclaration d'annexion de l'Alsace par l'Allemagne, invoquée au moyen, n'a été qu'un acte unilatéral qui ne pouvait modifier juridiquement les clauses du traité signé à Versailles le 28 juin 1919 par les représentants de l'État allemand.»

[91] Ibid., p. 30 à 34, reproduit des décisions des tribunaux français qui reprennent les idées exprimées ci-dessus.

[92] Ce refus de reconnaissance a été formulé à de nombreux niveaux par les États-Unis, les Ministères des affaires étrangères des États membres de la Communauté européenne, les gouvernements des États arabes, le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale, l'Assemblée annuelle de l'Organisation mondiale de la Santé, etc. [Voir Rousseau, «Chronique des faits internationaux» (1982), p. 596 à 598, et Marston, «United Kingdom materials on international law 1981», p. 516 à 518.]

[93] Lorsqu'un État chypriote turc a été proclamé dans le nord de l'île, le 15 novembre 1983, l'Assemblée des Chypriotes turcs a adopté la déclaration suivante: «C'est la destinée des deux peuples, grec et turc, de l'île de coexister. La nouvelle République ne sera rattachée à aucun autre État. Elle sera non alignée. La déclaration d'indépendance n'empêchera pas, mais au contraire facilitera l'établissement d'une véritable Confédération» [Rousseau, loc. cit. (1984), p. 431]. Cette déclaration devait être bien accueillie par la Turquie mais faire l'objet d'une fin de non-recevoir cuisante de la Grèce, du Royaume-Uni, de la France, de la République fédérale d'Allemagne, de l'Italie, des États-Unis, du Canada, de l'Australie, de l'Inde, du Japon, de l'Union des républiques socialistes soviétiques et des États du bloc socialiste. Au Conseil de sécurité et au Conseil de l'Europe, la proclamation a été condamnée, le premier jugeant qu'elle était nulle et non avenue, en vertu de la résolution 541 (1983) [ibid., p. 431 et 432].

[94] Le 8 août 1990, le Bureau de l'information diplomatique a publié le communiqué suivant: «Le Gouvernement espagnol considère, au regard des dispositions de la Charte des Nations Unies, que l'acquisition de territoires par la force est inadmissible; en conséquence, il rejette et refuse de reconnaître l'annexion de l'État du Koweït par la République d'Iraq, annexion proclamée aujourd'hui par Bagdad», *Actividades, Textos y Documentos de la Política Exterior Española* (Madrid, Ministère des affaires étrangères et de la coopération, 1991), p. 53, et *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, no 1 (1991), p. 144.

soit quelque peu ambiguë sous l'angle de la reconnaissance, comme dans le cas du Mandchoukouo, plusieurs États Membres de la Société des Nations ayant maintenu leurs relations commerciales avec cette entité et reconnu une certaine autorité à ses décisions, en dépit de la condamnation prononcée par la Société[95]. Cela dit, les cas dans lesquels la jurisprudence (en général celle des tribunaux nationaux) se prononce contre la reconnaissance des annexions territoriales sont assez fréquents, spécialement dans la période postérieure à la Seconde Guerre mondiale où ces annexions ont été considérées nulles et par conséquent dénuées de tout effet juridique[96]. D'une certaine façon, cette question est directement liée au paragraphe qui suit, relatif à la nullité de l'acte unilatéral contraire à une règle impérative.

66. On pourrait formuler le principe directeur suivant dans l'article sur les causes de nullité:

«5. Est nul tout acte unilatéral 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.»

c) *La nullité pour violation d'une règle de* jus cogens

67. Il y a, dans le *jus cogens*, une limite fondamentale à la capacité d'accomplir un acte unilatéral[97], c'est-à-dire que tout acte unilatéral contraire à l'une des normes de ce droit est tenu pour nul par application générale, ici encore *mutatis mutandis* de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969[98].

68. Laissant de côté les divergences d'opinion sur la définition des normes pouvant être considérées comme relevant du *jus cogens*[99] et les débats difficiles qui ont finalement abouti à leur mention dans la Convention de Vienne de 1969[100], on examinera les rapports entre un acte unilatéral et les normes de *jus cogens*, sans oublier que, comme l'a dit Brownlie: «Les corollaires particuliers du concept de *jus cogens* sont encore en cours d'exploration[101].»

69. Les normes impératives «imposent une limite à la faculté qu'ont les États d'accomplir des actes juridiques unilatéraux, comme le font aussi certaines règles dérivées de la Charte des Nations Unies ou consacrées dans des conventions fondamentales, telles celles qui traitent de l'esclavage et du génocide, parmi beaucoup d'autres[102]». On peut dire d'emblée que l'acte unilatéral contraire à une norme de cette nature est tenu pour nul *ab initio*, caractère qui, d'une manière générale, doit provoquer des protestations au moment où l'acte est accompli. Malgré tout, la pratique sur ce point est pratiquement inexistante[103].

70. Dans cette ligne de pensée, on relèvera l'avis n° 10 du 4 juillet 1992 rendu par la Commission d'arbitrage de la Conférence sur l'ex-Yougoslavie (Commission Badinter) sur la reconnaissance de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro). Selon le paragraphe 4 du texte,

> si […] la reconnaissance ne constitue pas un élément constitutif de l'État et a des effets purement déclaratifs, à l'inverse, elle est un acte discrétionnaire que les autres États peuvent effectuer au moment de leur choix, sous la forme qu'ils décident et librement, sous la seule réserve du respect dû aux normes impératives du droit international général, notamment celles qui interdisent le recours à la force dans les relations avec d'autres États ou qui garantissent les droits des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques[104].

---

[95] Voir Guggenheim, loc. cit., p. 229.

[96] Beaucoup d'affaires de ce genre sont citées par Guggenheim, loc. cit., p. 232; elles sont également reproduites dans Lauterpacht, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: 1919-1942*, affaire n° 123, décision du tribunal cantonal d'Utrecht (Pays-Bas) du 8 septembre 1941; ibid., *1943-1945*, affaire n° 9, p. 226, non-reconnaissance par les États-Unis de l'annexion de l'Estonie, et affaires n$^{os}$ 8 et 54, p. 23 et 188 (même volume), relatives à la non-reconnaissance de l'annexion de l'Autriche; et ibid., *1935-1937*, affaire n° 38, p. 119, réglée le 11 mai 1937 par la Cour suprême britannique.

[97] Certains auteurs sont cependant très critiques à l'égard de l'application des postulats du droit des traités touchant le *jus cogens* aux actes unilatéraux. Ainsi, Weil, «Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public», p. 282, affirme qu'«[e]n un mot comme en cent, il faut cesser de parler de *jus cogens* à propos des actes ou agissements unilatéraux des États et laisser cette théorie au droit des traités, dont elle n'aurait jamais dû sortir».

[98] L'article 53 [Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général («*jus cogens*»)] se lit comme suit: «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.»

[99] À titre d'illustration et sans espérer épuiser le sujet, on peut citer les études de: Alexidze, «Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law»; Carrillo Salcedo, «Reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law»; Casado Raigón, *Notas sobre el* jus cogens *internacional*; Casado Raigón et Vázquez Gómez, «La impronta del *jus cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos»; Danilenko, «International *jus cogens*: issues of law-making»; Fernández Tomás, «El *jus cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad»; Gaja, «*Jus cogens* beyond the Vienna Convention»; Gómez Robledo, «Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions» et *El* ius cogens *internacional: estudio histórico-crítico*; Gutiérrez Espada, «Sobre las normas imperativas del derecho internacional»; Hannikainen, *Peremptory Norms (*jus cogens*) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*; Nicoloudis, *La nullité de* jus cogens *et le développement contemporain du droit international public*; Rozakis, *The concept of* jus cogens *in the law of treaties*; Sztucki, Jus cogens *and the Vienna Convention on the Law of Treaties*; Verdross, «*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law»; Virally, «Réflexions sur le *jus cogens*»; et Weiler et Paulus «The structure of change in international law or is there a hierarchy of norms in international law?».

[100] Voir *Annuaire… 1999* (note 48 *supra*), p. 232, par. 139.

[101] Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 490.

[102] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 48), p. 232, par. 140.

[103] Comme l'indique Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, p. 76 et 77: «S'agissant des actes unilatéraux, je ne cite ici que les cas d'occupation d'une partie de la haute mer, par exemple contiguë à la mer territoriale; d'annexion de territoire étranger dans le cadre d'un conflit avant la conclusion d'un traité de paix […]; de déclaration de contrebande relative à des objets et matériaux non susceptibles de faire l'objet de ce type de déclaration; d'adhésion à une convention ouverte contraire aux conditions dont dépend la possibilité de cette adhésion; de mise en place d'un "blocus pacifique" censé produire des effets juridiques au détriment d'un État tiers, etc.»

[104] A/48/874-S/1994/189, annexe. Comme l'a fait remarquer Navarro Batista, «La práctica comunitaria sobre reconocimiento de Estados: nuevas tendencias», p. 484, il faut souligner la «conditionnalité» à laquelle sont soumises les reconnaissances de cette nature. L'auteur affirme qu'«[e]n réalité, les efforts entrepris par les publicistes pour souligner le caractère inconditionnel de l'acte de reconnaissance ressemblent plus à une tentative (louable) de restriction d'une réalité

La mention des normes impératives dans ce passage mérite de retenir l'attention, car elles y sont considérées comme la limite de la liberté de reconnaissance et la logique voudrait qu'elles s'appliquent à tous les actes unilatéraux – dont la reconnaissance n'est qu'un exemple, certes le plus controversé[105]. On relèvera aussi la position de la quasi-totalité de la communauté internationale quant à la non-reconnaissance des bantoustans sud-africains[106] ou à la présence de l'Afrique du Sud en Namibie[107]; dans le premier cas, la politique d'apartheid appliquée dans ces territoires et, dans le second, les traverses mises à l'indépendance de la Namibie expliquaient la non-reconnaissance de situations contraires à des normes véritablement impératives[108]. On voit de plus en plus souvent des États s'opposer à l'adoption par d'autres États de règles internes en conflit avec des normes auxquelles il ne peut être dérogé[109].

71. Cela étant, on pourrait ajouter au paragraphe déjà cité le principe directeur suivant:

«6. Est nul tout acte unilatéral qui, au moment de son accomplissement, est en conflit (ou en contradiction) avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).»

72. Une fois analysées les diverses causes de nullité qui peuvent vicier un acte unilatéral, il convient de se demander qui est habilité à déclarer un acte nul et quelles sont les diverses voies qu'offre le droit international pour donner effet à une telle déclaration, ce qui amène sur le terrain de la spéculation juridique. C'est un domaine extrêmement abstrait, où la majorité des ambiguïtés disparaîtraient si un tiers (un organe judiciaire ou arbitral international) avait la possibilité de déclarer, même *ex officio*, un acte unilatéral nul. Mais évidemment, ce que l'on gagnerait en certitude juridique serait retranché de ce qui fait l'essence même de l'acte unilatéral, qui resterait ainsi soumis à un régime qui n'a pas réussi à prospérer dans la Convention de Vienne de 1969 elle-même.

73. Ce qui paraît en tout cas logique, c'est que la nullité de l'acte unilatéral puisse être alléguée par l'État qui en est l'auteur. La bonne foi est une considération d'une importance tout à fait particulière dans un tel cas, car, sinon, n'importe quel État désireux de vider de leur contenu des engagements pris précédemment par voie d'acte unilatéral n'aurait qu'à les déclarer nuls *ipso facto*, créant ainsi une situation d'incertitude considérable, donnant naissance à de nombreux doutes sur le sérieux avec lequel il conduit sa politique extérieure, et allant ainsi à l'opposé même de l'esprit des actes unilatéraux, qui visent au contraire à inspirer confiance et à éviter le trouble juridique dans les relations internationales. Dans ce contexte donc, la bonne foi joue un rôle particulièrement important au moment où des engagements sont pris.

74. Mais peut-on dire que toutes les causes de nullité sont égales, ou y a-t-il des différences marquées entre elles, quant à leurs effets et quant à la personne habilitée à déclarer la nullité? En principe, si l'on reprend les idées qui sont apparues à la Conférence de Vienne qui devait accoucher de la Convention de 1969, on peut être amené à considérer qu'il existe deux régimes. Il y aurait une nullité relative ou partielle (correspondant aux articles 46 à 50 de la Convention de 1969), cas dans lequel l'invocation du vice est considérée fondamentalement comme le droit exclusif du sujet affecté et où la nullité a des effets limités, car elle est corrigée lorsque la cause de nullité se trouve dans le comportement illicite d'un autre sujet de droit. Il y aurait aussi une nullité absolue, relevant des autres causes mentionnées plus haut – la contrainte exercée sur le représentant de l'État ou sur l'État lui-même – ou tenant au fait que l'acte est contraire à une norme de *jus cogens*; la nullité peut alors être invoquée non seulement par l'État qui a conclu le traité (ou, ici, l'État auteur de l'acte unilatéral), mais aussi par n'importe quel autre État, compte tenu de la gravité beaucoup plus considérable de ces vices.

75. Le problème se pose, comme dans d'autres domaines du droit international, parce qu'il est impossible de savoir quel organe doit veiller à la conformité des actes unilatéraux avec les normes de *jus cogens* ou est habilité à déclarer la nullité d'un acte, soit *ex officio*, soit sur requête de l'État auteur, soit sur celle d'un État tiers informé de l'existence d'une cause de nullité. Ce problème a soulevé de nombreuses difficultés en matière de traités internationaux – où les mécanismes normatifs semblent beaucoup plus solides – et il semble pratiquement impossible, dans la conjoncture internationale actuelle, de proposer et d'adopter dans le domaine des actes unilatéraux un mécanisme de règlement des différends qui pourrait se saisir des actes unilatéraux et de leur éventuelle nullité. La qualification même d'«unilatéral» donne à penser que la seule solution viable et réellement applicable pourrait être que l'État auteur de l'acte unilatéral ait la possibilité – voire l'obligation lorsque les circonstances le justifient par leur

considérée comme malencontreuse et trop exposée aux hésitations politiques, qu'à un écho de la pratique des États».

[105] Voir Verhoeven, «La reconnaissance internationale: déclin ou renouveau?», notamment p. 32 à 39.

[106] Le Ministre d'État, Foreign and Commonwealth Office, du Royaume-Uni, a fait à cet égard la déclaration suivante: «Le Royaume-Uni, comme tous les autres pays à l'exception de l'Afrique du Sud, ne reconnaît pas le Transkei, le Bophuthatswana, le Venda et le Ciskei en tant qu'États souverains indépendants. Les représentants du Royaume-Uni n'ont donc aucune relation avec les personnes qui prétendent représenter leurs soi-disant "gouvernements"» (Marston, loc. cit., p. 358).

[107] Le Ministre d'État, Foreign and Commonwealth Office, du Royaume-Uni, devait déclarer ce qui suit: «La question de la reconnaissance ne se pose pas. En fait, il existe en Namibie un système de tribunaux qui fait partie de l'administration du territoire par l'Afrique du Sud. Nous ne reconnaissons à l'Afrique du Sud aucun droit de continuer d'administrer la Namibie. […] Nous n'intervenons pas dans les procédures judiciaires ni en Namibie ni ailleurs, conformément à la politique suivie par les gouvernements successifs» (Ibid., 1987, p. 528).

[108] Cassese résout cette question dans *International Law*, p. 144, où il affirme: «Il s'ensuit entre autres que lorsqu'une entité possédant toutes les caractéristiques d'un État naît suite à une agression, ou est fondée sur la dénégation systématique des droits des minorités ou des droits de l'homme, les autres États sont légalement tenus de s'abstenir de la reconnaître.»

[109] Voir, entre autres, l'exemple donné par Cassese, ibid., p. 430, note finale n° 94, où il rappelle le message relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la révision correspondante du droit pénal, adressé au Parlement le 31 mars 1999 par le Gouvernement suisse (Conseil fédéral) où il était dit: «Dans la mesure où l'interdiction du génocide est une règle impérative de droit des gens (*jus cogens*), les États ne peuvent pas convenir de l'écarter. Il est ainsi probable qu'un traité de paix consacrant une amnistie pour des actes de génocide ne devrait pas être considéré comme valable en droit. Il en résulte que sous l'angle du droit international, une législation nationale qui autoriserait ou même ordonnerait un génocide contre un groupe déterminé ne pourrait en aucun cas servir de légitimation à ses auteurs et à leurs complices.»

gravité – d'alléguer le vice dont son acte est entaché, de le faire savoir et d'empêcher que l'acte en question continue de produire des effets.

76. L'examen de ce problème reste donc essentiellement spéculatif, puisque le droit applicable est, dans une certaine mesure, incertain malgré les efforts entrepris pour élaborer des principes directeurs. De toute manière, le problème est important, tout comme dans le contexte du droit des traités, même s'il prête à controverse. Il faudra éventuellement l'examiner dans une phase ultérieure des travaux.

77. La nullité des actes unilatéraux soulève une autre question, pour laquelle il n'existe pas de réponse généralement acceptée: est-il ou non possible de confirmer un acte unilatéral dont la nullité est présumée? La réponse, affirmative ou négative, doit être nuancée en fonction des circonstances particulières de chaque cas, sans que l'on puisse offrir une réponse péremptoire dans un sens ou dans l'autre en matière d'actes unilatéraux. Dans tous les cas, on pourrait dire que, pour les causes de nullité particulièrement graves – la contrainte et le conflit avec une norme de *jus cogens* –, cette confirmation serait assez difficile[110]. La question serait différente, ou en tout cas la confirmation ne serait pas si problématique, dans les autres cas de nullité: l'erreur, le dol, l'excès de pouvoir du représentant, entre autres causes, peuvent ouvrir sur une confirmation si le comportement postérieur de l'État auteur fait clairement comprendre qu'il doit en être ainsi.

78. Certains arrêts de la Cour internationale de Justice mettent sur la voie de la confirmation éventuelle, même s'il y est question de traités internationaux. Tel est le cas, par exemple, de l'arrêt rendu dans l'*Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*[111]. L'arrêt rendu dans l'*Affaire du Temple de Préah Vihéar* est également exemplaire, bien qu'il porte sur la possibilité que le comportement postérieur de l'une des parties au différend permette de confirmer l'erreur initiale présumée[112].

[110] Sauf dans des circonstances purement hypothétiques, par exemple l'apparition d'une nouvelle norme de *jus cogens* au contenu de laquelle l'acte dont il s'agit serait conforme alors qu'il aurait pu être jusque-là considéré comme nul, ou encore un changement fondamental de circonstance portant l'État à formuler un acte unilatéral de même teneur que celui qu'il avait formulé sous la contrainte alors qu'il n'y est plus soumis. Si la volonté de l'État auteur du nouvel acte unilatéral est de faire exercer à celui-ci des effets rétroactifs au moment de la formulation de l'acte présumé nul, peut-on lui dénier ce droit ou, *contrario sensu*, permettre la confirmation de l'acte unilatéral antérieur sans qualification? Le Rapporteur spécial estime que, si cette dernière démarche réaffirme la volonté réelle de l'État, elle est valable.

[111] Arrêt, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 192 et suiv., en particulier p. 213 et 214, où la Cour affirme: «De l'avis de la Cour, le Nicaragua a, par ses déclarations expresses et par son comportement, reconnu le caractère valable de la sentence et il n'est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence. Le fait que le Nicaragua n'ait émis de doute quant à la validité de la sentence que plusieurs années après avoir pris connaissance de son texte complet confirme la conclusion à laquelle la Cour est parvenue. L'attitude des autorités du Nicaragua au cours de cette période a été conforme à l'article VII du traité Gámez-Bonilla, d'après lequel la décision arbitrale quelle qu'elle soit – et, de l'avis de la Cour, cela s'applique également à la décision rendue par le roi d'Espagne en qualité d'arbitre – "sera considérée comme un traité parfait, obligatoire et perpétuel entre les Hautes Parties contractantes et ne sera susceptible d'aucun recours".»

[112] Fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6 et suiv., en particulier p. 22 à 24 (*passim*).

### B. Extinction et suspension des actes unilatéraux, et autres notions proches

79. Après avoir examiné les causes éventuelles de nullité des actes unilatéraux, on procédera à présent à l'examen de l'application desdits actes, en particulier dans une perspective temporelle, ce qui comporte leur extinction, leur suspension, leur modification et leur révocation.

80. Appliqué aux actes unilatéraux, le principe de la bonne foi joue en quelque sorte le rôle d'un paradigme substantiel qui devrait assurer leur maintien. En bonne logique, comme l'indique Barberis, «l'auteur d'un acte juridique unilatéral n'est pas libre de créer arbitrairement, par le biais d'un autre acte juridique unilatéral, une norme dérogatoire par rapport à celle qu'il avait créée par ce premier acte unilatéral[113]». Venturini s'exprime pratiquement de la même façon, lorsqu'il écrit, à propos des actes unilatéraux, que «la révocation n'est admissible que dans les seuls cas éventuellement prévus par des normes générales de l'ordre juridique international car, s'il en allait autrement, toute valeur obligatoire de ces mêmes actes serait abandonnée à l'arbitraire de leurs auteurs[114]».

81. Il incombe à la Commission la tâche ardue de tenter de déterminer quelles sont ces règles de droit international général qui permettraient de révoquer un acte unilatéral[115]. Le Rapporteur spécial se demande s'il est possible de déduire de la pratique internationale, extrêmement réduite, et de la doctrine, tout aussi réduite, une quelconque certitude quant aux circonstances qui permettraient l'extinction, la modification ou la suspension de l'application d'un acte unilatéral.

82. Avant de s'aventurer dans ce domaine inexploré, il faut circonscrire les différents cas qui vont être traités, à savoir: la possibilité d'extinction d'un acte unilatéral (même si, souvent, la doctrine utilise le terme de «révocation» pour désigner une telle situation, en ce qui concerne les actes unilatéraux), et le cas de la suspension ou de la modification et, dans ce dernier cas, il arrivera souvent qu'il faille formuler un nouvel acte unilatéral (voire conclure un traité dans lequel sera inséré l'acte unilatéral initial modifié). Vu la multitude des cas possibles, à l'image de la réalité internationale elle-même, on tentera d'envisager le plus grand nombre d'hypothèses possibles, tout en sachant bien que ni la pratique ni la doctrine ne fournissent guère de données à cet égard. Aussi convient-il d'entreprendre une recherche sur les traités pour voir dans quelle mesure ils sont extrapolables aux actes unilatéraux en tant que catégorie, et avec quelles conséquences.

83. La doctrine utilise indifféremment deux termes pour désigner la cessation des effets d'un acte unilatéral; il arrive souvent qu'elle emploie le terme de «révocation», lequel implique par hypothèse l'«extinction» de l'acte.

[113] Barberis, «Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público», p. 113.

[114] Venturini, loc. cit., p. 421.

[115] Déjà en 1998, quand est paru le premier rapport sur les actes unilatéraux des États, certains membres de la Commission avaient indiqué qu'il fallait examiner ces questions; voir les opinions de M. Hafner et M. Yamada, dans *Annuaire… 1998*, vol. I, 2526e séance, p. 60, par. 71 et 72; et de M. Pambou-Tchivounda et M. Herdocia Sacasa, ibid., p. 60 et 61, par. 76 à 78.

Pour sa part, le Rapporteur spécial considère qu'il existe une nuance qui permet de distinguer ces deux notions, même si elles sont utilisées de façon interchangeable. L'extinction de l'acte peut être due à des facteurs extérieurs (l'acte cesse d'avoir un objet, les circonstances qui lui ont donné naissance subissent une modification fondamentale) ou à des facteurs intrinsèques (l'acte arrive à son terme ou une condition résolutoire se réalise, étant entendu que l'objet de l'acte doit être licite et que celui-ci ne peut entraîner d'obligations pour des tiers sans que ceux-ci y aient consenti). Le mot «révoquer» signifie mettre fin à quelque chose ou faire en sorte que cette chose cesse de produire ses effets (en l'occurrence, l'acte unilatéral), de par la volonté même de l'État qui a formulé l'acte[116]. Le Rapporteur spécial est d'avis que le mot *terminación* est plus large et inclut également toutes les autres circonstances qui peuvent être à l'origine de la cessation des effets de l'acte unilatéral pour des motifs étrangers à la volonté de l'État qui a formulé celui-ci.

84. Par opposition à l'extinction de l'acte unilatéral, qui est définitive, la suspension met fin provisoirement et temporairement à l'application de celui-ci. Les deux notions, contrairement à ce que l'on pourrait penser à première vue, ont beaucoup en commun et c'est là peut-être la raison principale pour laquelle la Convention de Vienne de 1969 les aborde conjointement, dans la section 3 de la partie V.

85. Il peut arriver que le contenu d'un acte unilatéral doive être adapté pour tenir compte de circonstances nouvelles. Rien n'est immuable et cela vaut également pour les actes unilatéraux: on ne voit pas pourquoi il ne serait pas permis, à l'égal des traités, d'en modifier le contenu. L'essentiel, en ce qui concerne les actes unilatéraux, c'est qu'il appartient à celui qui les formule de décider si l'acte peut garder le même contenu ou s'il est possible de le modifier; dans la négative, on se trouverait en présence de quelque chose de différent (un accord bilatéral, dans la plupart des cas) et non plus d'un acte unilatéral. La possibilité de modifier un acte unilatéral appartient à celui qui l'a formulé, dès lors que la modification ne porte pas atteinte à l'essence de l'acte unilatéral initial, ou alors, on se trouve devant un nouvel acte unilatéral, qui viderait de son contenu celui qui l'a précédé.

86. Le fait que la modification, toujours possible, d'un acte unilatéral n'a pas été examinée jusqu'ici est à rapprocher de ce qui se passe à cet égard dans le domaine conventionnel. Cela est une conséquence logique de l'essence même de l'ordre international[117].

87. Pour pouvoir faire état en connaissance de cause des notions susvisées, il faut, avant toute chose, analyser leur contenu. Il peut arriver

> qu'un État formule une promesse pour une période de 10 ans ou qu'il l'assujettisse à certaines conditions résolutoires. Dans ce cas, lorsque l'échéance survient ou que la condition est remplie, la promesse cesse, sans qu'un acte révocatoire ne soit nécessaire. Il peut arriver aussi que l'auteur de la promesse ou de la renonciation ait expressément prévu la possibilité de la révoquer dans certaines circonstances. Il reste que, si la possibilité de révocation ne découle pas du contexte de l'acte juridique unilatéral ni de sa nature, la promesse unilatérale et la renonciation unilatérale sont, en principe, irrévocables[118].

On peut se trouver aussi, comme la jurisprudence internationale l'a relevé à certaines occasions, devant des actes révocables mais comportant certaines limitations, comme la Cour internationale de Justice l'a noté dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (arrêt du 26 novembre 1984 statuant sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête). Selon la Cour,

> le droit de mettre fin immédiatement à des déclarations de durée indéfinie est loin d'être établi. L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation de traités ne renfermant aucune clause de durée[119].

88. Sur ce point, on pourrait invoquer l'opinion de Gutiérrez Espada, lorsque celui-ci affirme:

> Il paraît raisonnable de dire qu'en principe tout acte unilatéral est révocable par son auteur (sauf si le contraire peut être déduit de manière univoque et catégorique). Cependant, si l'on se réfère à la «dénonciation» des traités, il faut aussi reconnaître qu'elle n'est possible qu'à certaines conditions […]; il en va de même de la révocabilité des actes unilatéraux[120].

Le juge Mosler a soutenu, à peu de chose près, le même point de vue dans son opinion individuelle relative à l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dont il a été fait état au paragraphe précédent[121].

89. Dans certains cas, un acte unilatéral peut être modifié ou cesser de produire ses effets, sans que cela soit vraiment la volonté de son auteur. L'impossibilité d'accomplir un acte unilatéral, la disparition de son objet ou un changement fondamental des circonstances sont autant de raisons valables pour faire cesser les effets d'un acte unilatéral ou pour modifier celui-ci; l'apparition d'une nouvelle norme contraignante de droit international général met fin à tout acte unilatéral qui se trouverait en conflit avec cette norme.

---

[116] Selon le dictionnaire de la Real Academia Española, le mot *revocar* («révoquer») implique qu'une concession, un mandat ou une résolution reste sans effet. Le terme «révocation» apparaît à l'article 37 de la Convention de Vienne de 1969, cet article ayant été invoqué devant la Commission par M. Galicki comme pouvant servir de repère dans ce domaine (*Annuaire… 1998*, vol. I, 2527e séance, p. 62, par. 10).

[117] Casanovas la Rosa, «La modificación de los acuerdos internacionales por la práctica posterior», p. 330. Selon l'auteur: «Alors que dans l'ordre juridique interne la plupart des contrats sont à exécution instantanée et que les contrats à exécution successive ne sont pas les plus fréquents, dans l'ordre juridique international on trouve beaucoup de traités et d'accords destinés à organiser les relations entre les parties avec une certaine permanence. Si on ajoute à cela le fait que l'ordre juridique international ignore les conditions de forme auxquelles le droit privé subordonne la validité de nombre de contrats et que, par ailleurs, il n'existe pas non plus d'instance juridictionnelle obligatoire pouvant déterminer à un moment donné le contenu exact des droits et obligations des parties en cas de différend, on comprendra aisément que le champ de la modification des accords peut être beaucoup plus vaste dans le domaine international que sur le plan interne. Cela étant, les cas dans lesquels la jurisprudence internationale s'est trouvée devant de telles situations ne sont pas légion et, à certains égards, ils sont […] ambigus.»

[118] Barberis, op. cit., p. 113.

[119] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 392 et suiv., en particulier p. 420, par. 63.

[120] Gutiérrez Espada, *Derecho Internacional Público*, p. 597.

[121] *C.I.J. Recueil 1984* (voir *supra* la note 119), p. 466.

90. Le paragraphe 2 du projet d'article 22 présenté par le Rapporteur spécial de l'époque, Sir Gerald Fitzmaurice, au moment où l'on codifiait le droit des traités, faisait expressément mention de la possibilité de révoquer un acte unilatéral et était conçu comme suit:

> À moins que la déclaration ne soit expressément présentée comme irrévocable, l'État ou les États en faveur desquels elle a été faite ne peuvent s'opposer à son retrait ou à sa modification, à la discrétion de l'État de qui elle émane, étant entendu que, s'il en résulte des conséquences analogues à celles qui sont indiquées au paragraphe 4 *c* de l'article 20 du présent texte[122], l'État auteur de la déclaration sera tenu à indemnisation pécuniaire ou à toute autre réparation appropriée à raison de la perte ou du dommage causé[123].

91. Le paragraphe 2 de l'article 37 de la Convention de Vienne de 1969 retient une formulation analogue à celle de la proposition antérieure[124]. En conséquence, si cette intention n'est pas établie, une révocation est possible[125]; rien n'est dit cependant de la possibilité de réparer les dommages qui auraient été causés, cette question étant liée à la responsabilité internationale à laquelle les codificateurs ont entendu obvier.

92. Interprétant cette règle et la mettant directement en relation avec la question étudiée, à savoir les actes unilatéraux, Urios Moliner a affirmé, à juste titre selon le Rapporteur spécial, que

> les déclarations dont nous traitons seraient en principe irrévocables et ne pourraient être modifiées, à moins que cette possibilité ne se déduise des termes même de la déclaration ou que se réalisent les circonstances et conditions que la déclaration prévoit à cet effet ou que les préjudiciés y consentent ou que se produise un changement fondamental des circonstances ayant donné naissance à la déclaration[126].

Bref, l'intérêt de la préservation des actes unilatéraux recommande que, dans des cas exceptionnels et non arbitraires, il puisse y être mis fin, ou que leur contenu puisse être modifié ou suspendu.

93. Il est certain que de nombreuses interrogations subsistent en la matière, comme cela ressort clairement des débats de la Sixième Commission. La thèse de l'irrévocabilité des actes unilatéraux, sauf consentement exprimé par leurs destinataires, n'a pas fait l'unanimité[127]. Ainsi on pourrait avoir subordonné la révocation de l'acte à la survenance d'un terme ou à la réalisation d'une condition, voire à certains principes généraux comme la clause *rebus sic stantibus*[128], à l'exception tirée de la force majeure, ou d'autres principes. On pourrait également, et ce serait une formule plus souple, envisager la révocabilité de certains actes[129].

94. Le Rapporteur spécial ne peut que donner raison au Gouvernement allemand lorsque, dans sa réponse au questionnaire relatif aux actes unilatéraux, il a estimé qu'on ne pouvait analyser dans l'abstrait la question de la possibilité ou de l'impossibilité de révoquer un acte unilatéral et qu'il fallait tenir compte des circonstances concrètes de l'acte en question; autrement dit, toute tentative d'évaluation réalisée dans l'abstrait et d'une façon générale serait dénuée de sens[130]. En revanche, d'autres représentants se sont dits favorables à la possibilité de révoquer un acte unilatéral[131]. Comme on le voit, il existe une très grande diversité d'approches; aussi s'efforcera-t-on d'établir une distinction claire entre les situations qui avaient été prévues au moment où l'acte a été formulé, c'est-à-dire celles qui découlent directement de la volonté de l'auteur de l'acte, et celles qui sont imputables à un facteur extérieur, qui est à l'origine des changements.

### 1. Situations découlant de la volonté de celui qui formule l'acte unilatéral

95. L'État qui formule un acte unilatéral, en tant que manifestation de sa volonté, peut assujettir celui-ci à la survenance d'une échéance, le suspendre ou le modifier, pour autant que cette volonté ait été exprimée clairement, tout comme l'acte en question, au moment où celui-ci a été formulé.

---

[122] C'est le cas lorsque l'État tiers, ayant adopté un comportement donné afin de pouvoir se prévaloir des droits découlant du traité, subit un dommage pire que celui qu'il aurait subi en s'abstenant d'adopter un quelconque comportement ou s'il ne s'était prévalu d'aucun droit.

[123] *Annuaire… 1960*, vol. II, document A/CN.4/130, p. 77.

[124] Ce paragraphe se lit comme suit: «Au cas où un droit est né pour un État tiers conformément à l'article 36, ce droit ne peut pas être révoqué ou modifié par les parties s'il est établi qu'il était destiné à ne pas être révocable ou modifiable sans le consentement de l'État tiers.»

[125] Contrairement à ce que l'on pourrait penser et conformément à ce qu'a écrit Capotorti dans «L'extinction et la suspension des traités», p. 496, la Convention de Vienne de 1969 a fait un pas en avant par rapport à la thèse largement partagée, par exemple dans le projet de convention sur le droit des traités établi par la Harvard Law School, selon laquelle les droits conférés par un traité à un État tiers seraient toujours révocables par les parties. À tout le moins cette possibilité se trouve quelque peu réduite, dès lors qu'il en a été ainsi convenu.

[126] Urios Moliner, *Actos unilaterales y derecho internacional público: delimitación de una figura susceptible de un régimen jurídico común*, p. 125.

[127] Le représentant de la République de Corée a indiqué que, pour protéger les droits des destinataires et préserver la stabilité juridique internationale, il ne faudrait pas permettre aux États de révoquer ou de modifier des actes unilatéraux sans le consentement des autres États intéressés [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 15e séance (A/C.6/60/SR.15), par. 10]. Le représentant du Bélarus [ibid., 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 75] a déclaré que les actes unilatéraux ne pouvaient être considérés comme éteints que moyennant l'accord des sujets de droit international qui auraient eu connaissance d'une telle extinction et auraient modifié leur comportement en conséquence.

[128] Selon le représentant de la République de Corée [ibid., 15e séance (A/C.6/60/SR.15), par. 10], la révocation ou la modification de l'acte unilatéral pourrait s'appuyer sur le principe *rebus sic stantibus*.

[129] Voir également le résumé des discussions à la Sixième Commission qui ont suivi la présentation du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur les actes unilatéraux des États [Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-quatrième session (A/CN.4/504 et Add.1), par. 156].

[130] *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/511, p. 286. Déjà en 1973, Verzijl, op. cit., p. 106, avait exprimé la même opinion en écrivant ceci: «La possibilité de retrait unilatéral d'un acte unilatéral dépend du caractère spécifique de ce type d'acte et ne saurait donc être examinée à la manière d'un problème susceptible de trouver une solution applicable à tous les cas.» La même idée a été exprimée à la Sixième Commission, lors de la soixantième session, par le représentant du Japon [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 54], qui a noté que le Gouvernement japonais estimait que la révocabilité et la modification des actes unilatéraux dépendaient de la forme, du contenu, des auteurs et des destinataires de l'acte en cause, et devaient être déterminées en examinant chaque catégorie ou type d'actes unilatéraux.

[131] C'est le cas des représentants d'El Salvador et de la Géorgie; quant à la Finlande, à Israël et à l'Italie, leurs représentants ont été plus nuancés et ont évoqué la possibilité d'une révocation, mais avec certaines limites [voir *Annuaire… 2000* (note 130 *supra*), p. 302].

96. En toute logique, on pourrait envisager qu'un acte unilatéral soit assujetti à la survenance d'une échéance[132], à condition que ce fait apparaisse clairement au moment de la formulation de l'acte. Il devrait, selon le Rapporteur spécial, en aller de même pour ce qui est de la suspension de l'application de l'acte, en ce sens que l'on prévoirait au moment de la formulation une espèce de moratoire ou période durant laquelle l'acte ne s'appliquerait pas, pour sortir ultérieurement ses effets (du fait de l'écoulement de la période de temps prévue ou de la réalisation de la condition fixée).

97. L'extinction, la suspension ou la modification d'un acte unilatéral posent des problèmes plus complexes lorsque cette possibilité, ce qui est assez fréquemment le cas, n'a pas été prévue au moment de la formulation de l'acte. Dans ce cas, on peut se demander si cela est possible, eu égard au fait que c'est l'État qui a formulé l'acte qui, de la même façon, fait état de l'extinction de celui-ci; la question devient encore plus complexe lorsque l'acte unilatéral a créé, ou est susceptible de créer, des expectatives (de droits) chez des tiers. Dans les lignes qui suivent, on recensera les rares données fournies par la pratique et la doctrine.

98. On a dit que, d'une manière générale, l'auteur d'une promesse unilatérale pouvait en révoquer ou en modifier le contenu, à condition qu'il le fasse avec le consentement exprès des destinataires de la promesse ou qu'il n'y ait pas d'opposition de la part de ceux qui ont cru à celle-ci. Cette idée, qui peut paraître des plus raisonnables dans l'abstrait, cesse de l'être lorsqu'on se trouve en présence d'une promesse qui produit des effets *erga omnes*[133] ou dont les destinataires ne sont pas précisés ou qu'il existe des doutes quant à leur identité. Rubin présente à cet égard un argument intéressant, lorsqu'il affirme ceci:

> Une partie peut assurément de son propre chef mettre un terme en toute légalité, dans certains cas, à ses obligations conventionnelles apparentes sans violer le principe de la bonne foi. On ne voit pas pourquoi il serait plus difficile de mettre un terme à des obligations découlant d'une déclaration unilatérale qu'à des obligations issues d'un traité[134].

99. Le représentant de la France au Conseil de sécurité s'est exprimé dans le même sens à propos de la déclaration égyptienne sur le canal de Suez[135]. Il a ensuite mis en doute l'irrévocabilité, qui n'a pas la même valeur que la promesse elle-même, en affirmant ce qui suit: «[U]ne déclaration unilatérale, même enregistrée, ne peut très évidemment avoir d'autre portée que celle d'un acte unilatéral, et nous devons tirer de cette constatation d'évidence la conséquence que, décrétée unilatéralement, la déclaration peut être modifiée ou annulée de la même façon[136].» Le Secrétaire général a adopté une position pratiquement identique lors d'une conférence de presse tenue le 25 avril 1957, au sujet de la même déclaration[137]. La volonté de l'État qui avait formulé l'acte unilatéral, qui était le fruit d'une époque où cette notion même n'était pas des plus claires, modulait la possibilité de révoquer celui-ci.

100. La question principale est liée au fait que la promesse suscite, ou peut susciter, des expectatives chez des tiers, qui auraient un certain «droit au maintien de la promesse», fût-ce avec ses limites. En ce sens, Jacqué a écrit ceci:

> La promesse unilatérale crée au bénéfice de son ou ses destinataires dès lors qu'ils ont été informés de son existence, un droit au maintien de l'engagement pris par l'auteur de la promesse. Mais, de même que le droit des traités autorise dans certaines circonstances les parties à mettre fin à un traité avant son terme, la Cour ne garantit pas l'irrévocabilité et l'immutabilité absolue de la promesse unilatérale[138].

Il reste, comme la Cour l'a déclaré elle-même en 1974, que la possibilité de révocation n'est rien moins qu'absolue: «La Cour estime que l'engagement unilatéral résultant de ces déclarations ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un *pouvoir arbitraire** de révision[139].»

101. Pour répondre à la question de savoir si la promesse est révocable ou non, il faut nécessairement tenir compte des circonstances concrètes de l'espèce. Certes, le principe de la bonne foi revêt une importance capitale dans ce domaine, puisque la promesse crée des expectatives diverses qu'une révocation ne manquerait pas de décevoir, mais le lien ainsi établi ne peut être considéré comme une obligation perpétuelle qui pèserait à jamais sur l'État. Pour reprendre les termes employés par Visscher, il faudrait adopter à cet égard une position relative et souple «dont la relativité, *ratione personae*, *ratione temporis* et *ratione materiae*, demande à être appréciée à la lumière

---

[132] L'échéance peut, à l'instar de ce qui se passe pour les traités internationaux, se présenter de diverses façons. Ce peut être une date fixe, l'écoulement d'une période de temps ou la réalisation d'un événement déterminé qui agit à la manière d'une condition résolutoire. Tels sont les cas les plus fréquents. L'échéance peut être également la cessation d'une activité donnée, ce qui emporte la prise d'un engagement à partir de ce moment-là.

[133] Voir Sicault, loc. cit., p. 650.

[134] Rubin, «The international legal effects of unilateral declarations», p. 10.

[135] Déclaration (avec lettre d'envoi adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies) sur le canal de Suez et sur les arrangements concernant sa gestion (Le Caire, 24 avril 1957), par laquelle le Gouvernement égyptien s'engageait à respecter les obligations découlant de la Convention de 1888 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 265, n° 3821, p. 299).

[136] *Documents officiels du Conseil de sécurité, douzième année*, 776e séance, par. 59. Voir aussi Kiss, op. cit., p. 618. Sur la possibilité de révoquer un acte unilatéral, une position pratiquement identique a été affirmée par le Ministre français des affaires étrangères à une réunion des Ministres des affaires étrangères des États-Unis, de la France, du Royaume-Uni et de l'Union soviétique, qui s'est tenue à Genève le 8 novembre 1955: «Il est exact que les garanties dont bénéficie actuellement l'U.R.S.S. du fait de l'existence des dispositions prises au sein des organisations défensives occidentales ont un caractère unilatéral, donc révocable» (ibid., p. 618).

[137] Le Secrétaire général a déclaré ceci: «L'enregistrement comme tel ne rend pas le document irrévocable, parce que celui-ci est […] contraignant pour la partie qui le soumet, avec le caractère qu'il lui a donné. Autrement dit […] le document peut être remplacé […] par une autre déclaration» (cité par Dehaussy, «La déclaration égyptienne de 1957 sur le canal de Suez», p. 180, note 32).

[138] Jacqué, «À propos de la promesse unilatérale», p. 342.

[139] *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253 et suiv., en particulier p. 270, par. 51. La Cour s'est prononcée dans le même sens dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* [*C.I.J. Recueil 1984* (voir *supra* la note 119), p. 418, par. 59], lorsqu'elle a jugé que «[l]e caractère unilatéral des déclarations n'implique pourtant pas que l'État déclarant soit libre de modifier à son gré l'étendue et la teneur de ses engagements solennels». La Cour se référait aux déclarations d'acceptation de la compétence de la Cour, mais le Rapporteur spécial estime que cette idée peut être extrapolée et généralisée à l'ensemble des déclarations unilatérales que les États peuvent formuler.

du contexte politico-juridique propre à chaque espèce[140]». Il est évident que ce relativisme ne va pas sans poser de problèmes, mais il faut être attentif au fait que le droit peut s'adapter aux circonstances. Aussi faut-il analyser les possibilités de voir une promesse soumise à des changements (extinction, suspension ou modification) en étant très attentif aux circonstances de l'espèce qui motivent cette nécessité, ainsi qu'à la bonne foi de l'État qui, après avoir formulé l'acte unilatéral, entend transformer celui-ci en allant plus loin encore. En se plaçant du point de vue *de lege ferenda*, on pourrait soutenir qu'il devrait être possible, lorsque les espérances suscitées chez des tiers sont gravement déçues, de demander une réparation, à condition d'établir l'arbitraire ou la mauvaise foi de l'État qui entend considérer comme éteinte ou modifier radicalement quant à son contenu l'obligation qu'il avait assumée unilatéralement.

102. S'agissant d'un autre aspect de la question, la reconnaissance, le Rapporteur spécial observe qu'elle a connu de nombreux avatars, qui attestent une évolution profonde dans la doctrine relative à la possibilité ou à l'impossibilité de révoquer la reconnaissance. Parallèlement à la quasi-inexistence d'une pratique dans ce domaine, on observera que les opinions se partagent entre l'affirmation du caractère irrévocable de la reconnaissance[141], appelée encore reconnaissance de droit, et la reconnaissance de fait (considérée comme provisoire et donc ayant un caractère révocable). Face à ce clivage des opinions et à l'absence de pratique significative offrant une certaine clarté, la prudence est recommandée.

103. Cette prudence se retrouve, par exemple, chez certains auteurs qui, tout en considérant que la reconnaissance peut être révoquée, affirment à cet égard que «la reconnaissance est révocable et il n'existe pas de droit à son maintien. Mais, tant qu'elle n'a pas été retirée, le ou les bénéficiaires ont le droit d'exiger de son auteur qu'il respecte les obligations qui découlent de l'acte par lequel il a reconnu une situation[142]». Cette même position est défendue par d'autres auteurs, qui établissent une distinction entre la reconnaissance purement unilatérale, dont ils soutiennent qu'elle est révocable, et les cas où la reconnaissance figure dans un traité international, ce qui la rend irrévocable. En fait, il semble que cette position, outre qu'elle suscite de nombreuses incertitudes, établit une distinction et prétend conférer aux normes conventionnelles plus de sécurité et de certitude qu'aux actes unilatéraux. Le Rapporteur spécial estime tout simplement que cette distinction n'est pas réaliste dans l'état actuel des choses.

104. Eu égard à l'importance que revêtent les conséquences de la reconnaissance, il faut être extrêmement prudent et se garder d'affirmations catégoriques concernant la possibilité de révoquer une reconnaissance. Cette complexité est illustrée par le cas des anciennes républiques yougoslaves qui, à un certain moment, ont reconnu (par la voie conventionnelle) la continuité de ce qu'on appelait alors la République fédérale de Yougoslavie[143] (Serbie-et-Monténégro[144]). Il est apparu qu'il existait manifestement une contradiction dans la Convention relative aux droits de l'enfant. En effet, le 3 janvier 1991, la République fédérative socialiste de Yougoslavie avait ratifié la Convention, en formulant une réserve à propos du paragraphe 1 de l'article 9[145], pour ensuite la retirer (cette fois, en tant que République fédérale de Yougoslavie), le 28 janvier 1997[146]. Ce fait devait susciter des communications de la part de la Slovénie (28 mai 1997), de la Croatie (3 juin 1997), de la Bosnie-Herzégovine (4 juin 1997[147]) et de l'ex-République yougoslave de Macédoine (10 octobre 1997[148]). La réaction de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie et de la Slovénie était ainsi formulée en partie: «L'État qui, en 1991, avait notifié la ratification de [ladite Convention] et avait formulé la réserve était

---

[140] Visscher, «Remarques sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux», p. 464. On invoquera ci-après un cas bien réel, dans lequel les circonstances sociopolitiques prévalant dans l'État qui avait formulé la promesse ont empêché la réalisation de celle-ci. Dans une déclaration, le Premier Ministre japonais Zeuko Suzuki avait indiqué que le Japon autoriserait, après avoir tenu en temps utile des consultations avec les États-Unis, le passage de navires transportant des armes nucléaires [Rousseau, loc. cit. (1981), p. 905]. Ce faisant, il s'écartait publiquement d'un des trois principes fondamentaux sur lesquels reposait la politique nucléaire du Japon, à savoir: refus de posséder, refus de fabriquer et refus d'introduire au Japon ce type d'armes. Face aux réactions très vives que suscita cette déclaration, le Ministre dut faire machine arrière. Il tint une nouvelle conférence de presse pour affirmer que le Japon refuserait ce passage. Le 9 août 1984, cette dernière position devait être réaffirmée par le Premier Ministre japonais, M. Y. Nakasone. Il devait indiquer, lors d'une cérémonie commémorant le bombardement atomique de Nagasaki, que le Japon n'autoriserait pas les navires de guerre américains qui transportaient des missiles nucléaires à pénétrer dans ses ports [ibid. (1985), p. 166].

[141] À titre d'illustration, on peut faire état des propositions faites par Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine: les relations publiques internationales*, p. 650, note 69.

[142] Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international*, p. 337.

[143] À cet égard, voir l'évolution de la situation quant à la dénomination de la République fédérale de Yougoslavie dans Torres Cazorla, «El último cambio de Yugoslavia: de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) a la Unión de Serbia y Montenegro».

[144] Voir l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1996*, p. 595 et suiv., en particulier p. 610, par. 17. En l'espèce, il apparaît clairement que la Bosnie-Herzégovine entendait que la République fédérale de Yougoslavie soit considérée comme État successeur par la Cour, au moins pour ce qui est de la Convention. Les accords conclus au niveau bilatéral entre la République fédérale de Yougoslavie et les autres Républiques de l'ex-Yougoslavie à l'effet de normaliser leurs relations semblaient accepter la thèse selon laquelle la personnalité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie se prolongeait sans solution de continuité dans la République fédérale de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro). Voir, par exemple, l'article 4 de l'Accord relatif à la réglementation des relations et à la promotion de la coopération entre la République de Macédoine et la République fédérative de Yougoslavie du 8 avril 1996 [S/1996/291, appendice; *International Legal Materials*, vol. XXXV, n° 5 (septembre 1996), p. 1248]; l'article 5 de l'Accord portant normalisation des relations entre la République fédérative de Yougoslavie et la République de Croatie du 23 août 1996 (ibid., p. 1221, et A/51/318-S/1996/706, annexe); et le paragraphe IV de la Déclaration conjointe du Président de la République fédérative de Yougoslavie et du Président de la Bosnie-Herzégovine du 3 octobre 1996 (A/51/461-S/1996/830, annexe; *Review of International Affairs*, vol. XLVII, n$^{os}$ 1049 et 1050, p. 15). Pour une analyse de ces questions et autres questions connexes, voir Torres Cazorla, «Rights of private persons on State succession: an approach to the most recent cases», p. 674 à 676.

[145] Nations Unies, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général (état au 31 décembre 2005)*, vol. I (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.06.V.2, à consulter à l'adresse suivante: http://treaties.un.org/), p. 340, note 4.

[146] Ibid., p. 345, note 38.

[147] Ibid.

[148] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1993, n° 27531, p. 316.

l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie, alors que l'État qui, le 28 janvier 1997, a notifié le retrait de la réserve est la République fédérative de Yougoslavie[149]». En outre, elles appelaient l'attention sur les résolutions 757 (1992) et 777 (1992) du Conseil de sécurité et sur la résolution 47/1 de l'Assemblée générale, selon lesquelles la République fédérative socialiste de Yougoslavie avait cessé d'exister, la République fédérale de Yougoslavie ne pouvant être considérée comme l'État successeur. Au vu de cette situation ambiguë (un État qui disparaît et qui a fait une réserve, et un État présumé État successeur qui retire cette réserve, alors qu'il ne l'avait pas formulée), le Secrétaire général a été invité à dire ce qui en était. L'ex-République yougoslave de Macédoine a indiqué, quant à elle, que «la République fédérative de Yougoslavie n'a ni notifié qu'elle était liée par la Convention en tant qu'État successeur, ni adhéré à la Convention de toute autre manière appropriée conforme au droit des traités. En conséquence, la République fédérative de Yougoslavie n'est pas et ne peut être considérée comme partie à la Convention[150]». Ainsi donc, les nouveaux États nés de l'ex-Yougoslavie, après avoir semblé dans un premier temps reconnaître la continuité de la République fédérale de Yougoslavie, se sont prononcés en sens contraire, une année après[151]. La situation complexe dans laquelle la République fédérale de Yougoslavie s'est trouvée pendant près de dix ans est à l'origine de toutes ces difficultés[152].

105. Selon le Rapporteur spécial, ce sont les circonstances de l'espèce, la bonne foi et la possibilité que l'acte en question ait suscité des expectatives chez des tiers qui sont les aspects essentiels à prendre en considération pour permettre à l'État de modifier l'acte unilatéral initial par une nouvelle manifestation de volonté unilatérale[153]. Il reste que toute tentative d'établir des règles fixes en la matière se heurte à la nature propre de l'acte unilatéral, lequel est souple par antonomase. Le fait qu'il n'existe pas – et c'est là un choix délibéré des États – d'organe chargé de détecter et d'évaluer les difficultés que peuvent créer à cet égard certaines situations constitue un autre obstacle important dont il faut tenir compte et qui est, aujourd'hui, insurmontable. Dans cette situation, on ne peut que se tourner vers l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, qui laisse toute liberté quant au choix des moyens à retenir pour le règlement pacifique des différends.

106. On se trouve face à une situation hybride, à mi-chemin entre les deux situations qui viennent d'être examinées, qui renferme en elle-même la possibilité de considérer l'acte unilatéral comme éteint, lorsque celui-ci a été exécuté intégralement. Plusieurs cas peuvent se présenter: par exemple, un acte unilatéral peut consister en un acte unique, telle la promesse de remise d'une dette, ou encore l'obligation avec laquelle il se confondait peut avoir un contenu précis qui, une fois épuisé, ôte à l'acte lui-même sa raison d'être. Ainsi, l'exécution en matière de traités joue comme une cause d'extinction pour ce qu'on appelle les traités-contrats, dont découlent des relations juridiques de nature concrète. Une fois exécutée l'obligation découlant de ces instruments, la fonction du traité prend fin[154].

107. On pourrait formuler différents principes directeurs en relation avec les causes possibles d'extinction mentionnées, sous la forme d'un projet de principe, qui reprendrait les causes ci-après et qui est soumis à la Commission:

«*Extinction des actes unilatéraux (première partie)*

«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.»

108. La disparition de l'objet de l'acte unilatéral est à mettre en relation avec une autre cause qui sera examinée dans le paragraphe suivant, à savoir l'extinction, la modification ou la suspension de l'application de l'acte unilatéral résultant de l'impossibilité subséquente d'exécuter celui-ci. Contrairement à ce que l'on vient de voir, cette dernière cause figure bien, elle, dans la Convention de Vienne de 1969.

### 2. Situations découlant de circonstances indépendantes de la volonté de celui qui formule l'acte unilatéral

109. Les causes de l'extinction, de la modification ou de la suspension de l'application d'un traité, étudiées ici par antonomase, ont toujours suscité d'immenses doutes surtout lorsque ces situations découlaient – ou étaient censées être le résultat – de la volonté d'une seule des parties à l'accord. Au demeurant, et bien que ces doutes puissent être fondés, le même cas de figure se présente avec d'autres causes liées à des circonstances indépendantes de la volonté de celui qui formule en l'occurrence un acte unilatéral, qui sont à l'origine de l'extinction, de la modification ou de la suspension de l'application dudit acte[155]. Parmi toutes les situations qui peuvent être à l'origine de ces changements, le Rapporteur spécial en retiendra tout d'abord quelques-unes, qui ont été évoquées dans

[149] Ibid., *Traités multilatéraux…* (voir *supra* la note 145), p. 345, note 38.

[150] Voir *supra* la note 148.

[151] Pour un examen exhaustif de cette question, on se reportera à Torres Carzola, «El derecho del menor a una nacionalidad: análisis de los recientes casos de sucesión de Estados», p. 200 et 201.

[152] Ces problèmes sont très bien exposés dans Ortega Terol, «Aspectos teóricos y prácticos de la continuidad en la identidad del Estado», p. 287 à 300.

[153] La nouvelle manifestation de volonté qui voudrait priver de ses effets l'acte unilatéral pourrait prendre la forme d'un traité international dont le contenu serait contraire à celui de l'acte unilatéral antérieur. On pourrait imaginer différentes hypothèses, notamment celles-ci: l'État ou les États chez lesquels l'acte unilatéral antérieur avait suscité certaines expectatives seraient eux-mêmes parties au traité, auquel cas il n'y aurait aucune difficulté; au cas où ces États ne seraient pas parties au traité, celui-ci créerait des obligations diverses, qui seraient parfois contradictoires, ce qui susciterait un problème lié à la non-application de l'acte unilatéral ou du traité. La responsabilité internationale se trouverait, du fait de ce point concret, en terrain connu.

[154] Voir Capotorti, loc. cit., p. 525 et 526.

[155] Sur ce sujet, voir Capotorti, loc. cit., p. 514.

la Convention de Vienne de 1969[156] et pourraient s'appliquer aux actes unilatéraux, pour s'intéresser ensuite aux autres types de situation[157].

a) *Situations prévues dans la Convention de Vienne de 1969*

110. L'article 61 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit une cause d'extinction et de suspension de l'application d'un traité international qui, de l'avis du Rapporteur spécial, serait parfaitement applicable aux actes unilatéraux. Il s'agit de la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible qui pourrait très bien être extrapolée à l'extinction des actes unilatéraux dans les cas où, pour reprendre mot pour mot la Convention (art. 61, par. 1), «cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité» ou bien encore elle est temporaire et ne peut être invoquée que pour suspendre l'application du traité. Le principe selon lequel «à l'impossible nul n'est tenu» doit absolument être appliqué dans ce cas car sinon l'État demeurerait obligé d'accomplir un acte impossible. La disparition ou la destruction définitive d'un objet indispensable à l'exécution du traité sont caractéristiques de ce type de cause d'extinction (comme par exemple la perte d'un territoire ou d'une bande côtière dans lesquels l'acte unilatéral devait produire des effets[158]).

111. L'impossibilité à laquelle se réfère l'article précité en tant que circonstance pouvant s'appliquer par analogie aux actes unilatéraux doit remplir les conditions suivantes: *a*) il doit y avoir survenance d'une situation rendant l'exécution impossible; *b*) l'impossibilité doit de surcroît être définitive ou irréversible car si elle est temporaire, elle ne justifie que la suspension de l'application, pas l'extinction; *c*) elle doit porter sur un objet indispensable à l'exécution et être incontournable sans être nécessairement physique ou matérielle.

112. Il est intéressant de se demander ce qui se passe lorsque l'État qui a formulé l'acte unilatéral a contribué par son comportement à faire perdurer cette impossibilité matérielle, lorsque, en fin de compte, c'est sur lui que retombe la responsabilité de cette disparition. On fera ici une distinction, que la Convention de Vienne de 1969 ignore, entre deux cas de figure, d'une part, celui de la disparition qui peut – et doit logiquement – provoquer l'extinction ou la suspension de l'application de l'acte unilatéral et, d'autre part, la responsabilité internationale que peut encourir l'État qui, par son comportement, a provoqué l'impossibilité matérielle. Il ne s'agit pas ici d'exclure la possibilité d'invoquer l'impossibilité, qui est une réalité, mais d'empêcher de se soustraire aux obligations que fait naître la responsabilité internationale vis-à-vis de tiers. Cette question comme toujours suscitera dans la majorité des cas un différend qui pourra être réglé par les moyens prévus par le droit international.

113. L'invocation du changement fondamental de circonstances comme cause d'extinction d'un traité international est une des questions les plus souvent abordées du point de vue de la doctrine[159]. Elle fait pendant à la règle *pacta sunt servanda* à laquelle elle est souvent opposée dans l'un des débats les plus complexes du droit conventionnel[160]. La nécessaire souplesse de l'ordre international, dans lequel la volonté de l'État et la réalité extérieure qui la conditionne jouent un rôle fondamental, est un paramètre qui, à lui seul, montre bien l'importance de cette clause; il ne pourrait en être autrement étant donné que le respect le plus strict et sans exception du principe *pacta sunt servanda* «violera[it] le principe *pacta* lui-même en lui donnant un caractère sacré, quasi mystique, en l'élevant à un *noli me tangere*[161]». Peut-être la pertinence de cette clause d'extinction explique-t-elle le degré de détail et la formulation négative de l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969 qui limite les conditions d'invocation de cette circonstance. Telle semblait être la considération qui se dégageait de la doctrine au sujet des possibilités de recours à cette cause d'extinction, une vision restrictive, conséquence logique de la nécessité de décourager l'arbitraire qui pourrait autrement en découler. D'où l'affirmation logique de la doctrine concernant le caractère fondamental que doit avoir le changement qui s'est produit:

> Les circonstances qui ont changé doivent être fondamentales; elles doivent affecter, ainsi qu'on l'a dit, le *fundamentum*, la base même de la Convention, et elles doivent être extraordinaires en ce sens qu'elles transcenderont ou dépasseront les changements ordinaires qu'il est normal et habituel d'escompter dans l'établissement des contrats privés ou des traités internationaux[162].

114. Le changement fondamental des circonstances se prête à des interprétations très diverses et peut même inclure l'existence d'une situation de guerre entre les parties. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Rann of Kutch* entre l'Inde et le Pakistan, en donnant comme contre-exemple la déclaration Ihlen dont la Cour permanente de Justice internationale a tenu compte dans le différend entre le

---

[156] L'analyse portera tout d'abord sur l'impossibilité d'exécution, le changement fondamental de circonstances, la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit (*jus cogens*) et, dans une certaine mesure, la rupture des relations diplomatiques ou consulaires (art. 61 à 64 de la Convention).

[157] Seront examinées ensuite les circonstances comme l'apparition ultérieure d'une nouvelle norme coutumière internationale, la survenance d'une guerre ou d'une succession d'États, qui peuvent toutes entraîner des modifications de l'acte unilatéral évoqué plus haut, comme cela sera vu plus loin.

[158] Un parallèle peut être établi, comme l'a amplement démontré la théorie, entre cette circonstance et celle qu'il est proposé d'analyser ensuite: le changement fondamental de circonstances. Comme l'a souligné Ruda, dans «Terminación y suspensión de los tratados», p. 103: «Il est indéniable que la disparition ou la destruction de l'objet du traité est un changement fondamental des circonstances qui existaient au moment de la conclusion du traité mais la CDI a estimé qu'il s'agissait de deux causes distinctes sur le plan juridique. À notre avis, la différence entre ces deux causes vient de ce que, dans le cas de la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible, le critère retenu est objectif alors que, dans celui du changement fondamental de circonstances, un certain élément de subjectivité entre en jeu, ce qui explique qu'elles aient été traitées séparément.»

[159] Voir Haraszti, «Treaties and the fundamental change of circumstances», p. 47 à 60.

[160] Face à la multitude d'ouvrages consacrés à cette question, le Rapporteur spécial se contentera de mentionner la remarque faite par Van Bogaert avant la conclusion des travaux d'élaboration de la Convention de Vienne de 1969 dans «Le sens de la clause *rebus sic stantibus* dans le droit des gens actuel», p. 50, qui dit: «Il est utile de noter que nous pouvons trouver dans la règle *pacta sunt servanda* et la règle *rebus sic stantibus* les deux éléments qui doivent assurer l'existence d'un droit efficient et en même temps équitable.»

[161] Poch de Caviedes, «De la clause *rebus sic stantibus* à la clause de révision dans les conventions internationales», p. 168.

[162] Ibid., p. 170.

Danemark et la Norvège[163], l'Inde a déclaré devant le Tribunal que

> la déclaration d'Ihlen avait été faite à une époque où il n'existait pas de différend entre le Danemark et la Norvège; l'attitude qu'elle reflétait a changé dès lors que, par la suite, un différend a surgi. La déclaration ne peut pas être mise sur le même plan qu'une simple phrase figurant dans une seule lettre écrite après la naissance d'un violent différend, lorsque «les parties se combattent, en quelque sorte par correspondance interposée, au sujet d'une attitude particulière»[164].

115. On a avancé que les articles 61 (Survenance d'une situation rendant l'exécution impossible) et 62 (Changement fondamental de circonstances) de la Convention de Vienne de 1969[165] pouvaient être appliqués *mutatis mutandis* à certains actes unilatéraux (en particulier ceux qui font naître des obligations) dont les conditions de modification et d'extinction sont très proches de celles prévues par le droit des traités en ce qui concerne la suspension ou l'extinction des obligations découlant d'une convention internationale[166]. Dans le cas des actes unilatéraux, un autre cas de figure que l'on ne trouve pas dans le droit conventionnel peut toutefois se présenter: il s'agit de la modification unilatérale du contenu de l'acte unilatéral. C'est de là que vient l'attitude prudente adoptée par la Cour internationale de Justice vis-à-vis du changement fondamental de circonstances, telle qu'elle ressort de son arrêt dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

> Un changement fondamental de circonstances doit être imprévu; les circonstances existant à l'époque où le traité a été conclu doivent avoir constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité. Le fait que l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités soit libellé en termes négatifs et conditionnels indique d'ailleurs clairement que la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels[167].

116. Parfois l'élément psychologique ou la conviction de l'État auteur de l'acte unilatéral qu'il s'est véritablement produit un changement fondamental des circonstances qui l'ont conduit à adopter sa position initiale revêt une importance particulière. Il est intéressant de citer à ce propos l'exemple de la position adoptée par la Pologne lorsqu'elle avait dans un premier temps notifié son préavis de retrait de l'Organisation internationale du Travail (OIT), préavis qui n'avait pas eu de suite car, la veille du jour où il devait produire des effets, une autre notification avait été émise[168].

117. La rupture des relations diplomatiques ou consulaires peut-elle entraîner un changement d'une telle nature que l'extinction ou la suspension – voire la modification – d'un acte unilatéral se justifie? En principe, si on s'inspire de la solution retenue lors de la codification des traités internationaux, une telle rupture ne devrait pas nécessairement entraîner d'énormes changements sauf si le contenu même de l'acte unilatéral amène à la conclusion contraire (par exemple lorsque les relations diplomatiques ou consulaires sont une condition *sine qua non* de l'acte unilatéral à exécuter ou lorsque leur absence rendrait très difficile l'exécution de cet acte). C'est ce que prévoit l'article 63 de la Convention de Vienne de 1969:

> La rupture des relations diplomatiques ou consulaires entre parties à un traité est sans effet sur les relations juridiques établies entre elles par le traité, sauf dans la mesure où l'existence de relations diplomatiques ou consulaires est indispensable à l'application du traité.

Si la Convention emploie le terme «indispensable», faut-il en conclure que la même règle devrait valoir pour les actes unilatéraux? Le Rapporteur spécial est assez pessimiste à cet égard car, généralement, quand les relations diplomatiques ou consulaires sont rompues, il est bien rare qu'un État auteur d'un acte unilatéral demeure disposé à continuer de l'exécuter, à tout le moins de la même façon.

118. La survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) qui fait l'objet de l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969 a, à quelques nuances près, un lien logique avec l'article 53 du même texte auquel il a été fait référence plus haut. L'article 64 prévoit ceci: «Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin.» En dépit de la formulation finale («devient nul et prend fin»), le cas de figure évoqué est celui de l'extinction – qui a eu lieu au moment où survient la norme de *jus cogens* – et non pas de la nullité à proprement parler qui a été abordée plus haut; cette distinction est importante: les effets que produit le traité jusqu'au moment de

---

[163] *Statut juridique du Groënland oriental* (voir *supra* la note 57), p. 70.

[164] *International Law Reports* (Londres), vol. 50 (1976), p. 379. Voir aussi l'affaire *The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVII (numéro de vente: E/F.80.V.2), p. 410.

[165] Comme l'a affirmé Sicault, loc. cit., p. 654 et 655, un changement fondamental de circonstances pourrait être invoqué par l'auteur d'un engagement unilatéral pour révoquer son engagement aux trois conditions suivantes: *a*) l'existence des circonstances en question doit avoir constitué une base essentielle du consentement du sujet à être lié par son engagement unilatéral; *b*) le changement de circonstances doit avoir pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu de l'engagement unilatéral; et *c*) le changement de circonstances ne doit pas résulter d'une violation par l'auteur de l'engagement unilatéral, soit d'une obligation dudit engagement, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de n'importe quel destinataire dudit engagement.

[166] Les questions de désarmement et de moratoires sur les essais nucléaires sont un domaine particulièrement délicat dans lequel, habituellement, les États expriment de nombreux doutes ou élèvent des protestations lorsque d'autres adoptent des comportements controversés. Souvent les États prennent alors des engagements qui ne sont pas strictement unilatéraux mais qui conservent un lien direct avec le comportement adopté par l'autre État. C'est ce qui s'est passé lorsque l'U.R.S.S. a annoncé le 18 décembre 1986 qu'elle reprendrait ses essais nucléaires dès la première expérience américaine, celle-ci devant mettre fin au moratoire que l'U.R.S.S. s'était imposé depuis le 6 août 1985. À la suite de l'essai nucléaire souterrain américain du 3 février 1987 dans le polygone du Nevada – suivi d'une seconde expérience le 11 février et d'une troisième le 18 mars – le Gouvernement soviétique avait annoncé officiellement le 4 février que cette initiative américaine mettait fin au moratoire. L'U.R.S.S. a repris ses expériences nucléaires le 26 février dans le Kazakhstan [Rousseau, loc. cit. (1987), p. 945].

[167] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7 et suiv., en particulier p. 65, par. 104.

[168] Le 17 novembre 1984, la Pologne avait notifié au Conseil d'administration de l'OIT, par l'intermédiaire de son représentant à Genève, sa décision de se retirer de l'OIT. Dans sa lettre, elle reprenait les accusations lancées depuis trois ans contre l'Organisation: ingérence dans les affaires intérieures, campagne antipolonaise persistante, attitude hostile à l'égard de la Pologne, etc. [Rousseau, loc. cit. (1985), p. 467.] Cette notification avait été sans effet du fait que le Gouvernement polonais avait informé, dans la matinée du 16 novembre 1987, le Directeur général de l'OIT qu'il retirait ce préavis, convaincu que les problèmes résultant des actions entreprises contre la Pologne au sein de l'OIT et qui avaient rendu impossible sa participation aux travaux de cette Organisation, seraient définitivement réglés. Le délai de sortie de l'Organisation expirait le 16 novembre 1987 à minuit [ibid. (1988), p. 407].

la survenance de la nouvelle norme perdurent à chaque fois que cela est possible, à la différence de ce qui se passe en cas de cause de nullité à proprement parler. Telle est la principale différence entre les deux dispositions précitées.

119. Compte tenu de ce qui précède, on pourrait formuler comme suit les principes directeurs relatifs aux autres causes d'extinction qui s'inspirent du principe énoncé plus haut:

«*Extinction des actes unilatéraux (suite)*

«Un acte unilatéral peut être considéré comme ayant pris fin ou être révoqué par l'État qui l'a accompli:

«[…]

«*c*) si l'acte unilatéral n'a plus d'objet;

«*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.»

b) *Situations qui ne sont pas expressément prévues dans la Convention de Vienne de 1969*

120. À ce propos, il est intéressant de se demander si la survenance d'une norme coutumière à la suite de la formulation de l'acte unilatéral peut justifier l'extinction, la modification ou la suspension de cet acte si celui-ci est contraire à la norme en question. Cette question, à laquelle il est difficile de répondre, s'est posée lors des débats qu'a tenus la Commission lors de la codification du droit des traités; la Commission avait alors estimé que, vu les nombreux problèmes qu'elle soulevait, notamment celui d'un éventuel conflit entre normes conventionnelles et normes coutumières, cette question était trop complexe pour qu'on puisse traiter d'un seul de ses aspects sans courir le risque de provoquer une crise de la codification et du développement progressif du droit[169]. C'est peut-être en se tournant vers les coutumes universelles ou générales, domaine où existe un certain substrat normatif, que l'on pourra progresser dans l'examen de cette question. Quant aux coutumes régionales, elles ne suscitent pas de doutes substantiels vu que l'existence d'un acte unilatéral contraire à ce qui peut être considéré comme une coutume régionale, voire locale, peut constituer un obstacle de taille à la survivance de cette coutume et notamment à son opposabilité à l'État auteur de l'acte unilatéral. La pratique montre que c'est plus souvent l'inverse qui se produit, à savoir que la réalisation de nombreux actes unilatéraux dans un domaine particulier finit par être à l'origine d'une transformation du régime juridique en vigueur, voire de l'élaboration d'un texte conventionnel dans lequel cette nouvelle tendance trouve son expression[170].

121. Un autre cas de figure que ne semble pas avoir prévu la Convention de Vienne de 1969 est la question de savoir ce qu'il advient de l'acte unilatéral en cas de transformation importante du sujet qui l'a formulé. En un mot, que se passe-t-il en cas de succession d'États? Les engagements pris par le passé en vertu d'actes unilatéraux doivent-ils rester valables ou ceux-ci prennent-ils fin à l'instant même où ce phénomène se produit, notamment en cas de disparition de l'État prédécesseur? Cette question, qui est loin d'être exempte de controverse dans le cas des traités internationaux, l'est encore moins pour la matière à l'étude[171] où est encore plus évident le conflit entre deux situations qui s'opposent mais n'en convergent pas moins dans le domaine international: la nécessaire existence d'une certaine stabilité dans les relations internationales dans laquelle le maintien des engagements internationaux pris par le biais de la formulation d'actes unilatéraux joue un rôle essentiel. Des circonstances de l'espèce ainsi que des possibilités qui s'offrent encore à l'État ou aux États nés de la succession d'assurer l'exécution de l'acte unilatéral dépendra la réponse à cette question, faute, selon l'avis du Rapporteur spécial, de critères précis permettant a priori de trancher dans un sens ou dans un autre. Ce qui est certain, c'est que si la transformation subie par l'État à la suite de la succession est très importante, l'acte unilatéral peut en toute logique s'en trouver modifié.

122. Par ailleurs se pose la question de savoir si la survenance d'un conflit armé peut provoquer l'extinction ou la suspension de l'application d'un acte unilatéral qui produit des effets entre l'État qui l'a formulé et celui auquel il s'oppose. La Convention de Vienne de 1969 ne l'évoque que pour dire, comme dans le cas examiné plus haut, qu'elle ne se prononcera pas à ce sujet. Son article 73 est on ne peut plus explicite puisqu'il affirme: «Les dispositions de la présente Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité du fait d'une succession d'États ou en raison de la responsabilité internationale d'un État ou de l'ouverture d'hostilités entre États.» Devant une question aussi épineuse, elle a préféré éviter de se lancer dans un débat qui a été repris par la Commission avec la nomination d'un rapporteur spécial, M. Brownlie, qui a présenté son premier rapport en 2005[172].

[169] Voir Capotorti, loc. cit., p. 518.

[170] C'est notamment ce qui s'est passé dans le domaine du droit de la mer pour ce qui est de l'extension à 12 milles de la largeur de la mer territoriale ainsi que de la création de la zone économique exclusive dont l'origine est directement liée à la notion de «mer patrimoniale». On trouve une étude de toutes ces questions ainsi qu'une liste d'exemples d'actes unilatéraux des États (classés par continent) dans Seve de Gastón, «Los actos jurídicos internacionales unilaterales con especial atinencia a los intereses marítimos argentinos», p. 260 et 261 et 295 à 357.

[171] L'absence de consensus international en faveur du principe de continuité pour les traités internationaux conclus par l'État prédécesseur par opposition à celui de la «table rase» se confirme pour deux raisons bien claires: d'une part, le peu d'intérêt suscité par la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (ci-après la Convention de Vienne de 1978), qui n'a pas été ratifiée par un nombre suffisant d'États pour entrer en vigueur avant 1996; et, d'autre part, les nombreuses divergences dans la pratique internationale de ces dix dernières années dont il ressort que la continuité, la notification de succession, l'adhésion ou la cessation des effets des traités internationaux du prédécesseur sont couramment utilisées. Comme Koskenniemi l'a souligné dans «Report», p. 89: «La seule conclusion normative relativement fiable que l'on puisse tirer demeure procédurale: les États devraient négocier de bonne foi. Cette obligation n'est au demeurant pas imposée par la Convention de Vienne de 1978 mais par les exigences structurelles du système diplomatique.»

[172] En 2005, le premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités [*Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/552, p. 219] a été présenté en même temps qu'une étude du Secrétariat intitulée «Les effets des conflits armés sur les traités: examen de la pratique et de la doctrine» (A/CN.4/550 et Corr.1 et 2).

123. Sur ce point, plus encore que pour les autres, il est nécessaire de se reporter à l'acte unilatéral lui-même pour voir si la situation de guerre influe ou non sur son accomplissement ou déroulement. Si l'acte consiste en une promesse ou une renonciation qui présente des avantages pour l'État avec lequel il est en guerre, l'État qui a formulé l'acte peut opter pour son extinction ou à tout le moins pour la suspension de son application. La possibilité d'invoquer le changement fondamental de circonstances pourrait aussi être envisagée. En cas de conflit armé, il arrive souvent qu'un acte aussi éminemment politique que la reconnaissance subisse des modifications ou donne naissance à d'autres situations, comme la reconnaissance de la belligérance avec les conséquences que cela peut avoir[173].

124. Les présentes observations sur la validité, les causes de la nullité et l'exécution de l'acte unilatéral, qui sont toutes fortement influencées par le régime de Vienne, ont pour but de compléter les rapports antérieurs, d'éclairer autant que possible le débat sur la question, voire de proposer à la Commission une série de principes directeurs qui ont directement trait à ce thème général. Ces principes sont présentés à la fin de la section qui les concernent sauf ceux ayant trait à la suspension, que le Rapporteur spécial a préféré regrouper ci-après pour donner une vision d'ensemble de la question, et qui pourraient être formulés comme suit:

«*Suspension de l'application des actes unilatéraux*

«L'application d'un acte unilatéral peut être suspendue par l'État qui l'a accompli:

«*a*) si, au moment de l'accomplissement de l'acte, cette éventualité a été prévue dans des circonstances particulières;

«*b*) si l'acte en question a été subordonné à une condition suspensive lors de son accomplissement;

«*c*) si son objet a disparu de façon temporaire;

«*d*) si survient un changement fondamental des circonstances ayant motivé l'acte qui rend temporairement impossible son accomplissement.»

[173] Pour une étude exhaustive de cette question, voir Verhoeven, op. cit., p. 100 à 167.

CHAPITRE II

## Projet de principes directeurs soumis à l'examen du Groupe de travail

125. Comme on l'a indiqué au début du rapport, est soumis à l'examen des membres le projet de principes directeurs relatifs aux diverses questions précédemment examinées aussi bien par la CDI que par la Sixième Commission. Ils pourraient être renvoyés, pour examen, au Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États qui devra être reconstitué cette année. Cet ensemble de principes directeurs comprend les projets portant sur la validité et l'extinction des actes unilatéraux, sujet qui est abordé dans le chapitre 1 du présent rapport.

### A. Définition de l'acte unilatéral

126. La définition de l'acte unilatéral, à laquelle il faut procéder avant d'élaborer des règles éventuelles ou des principes directeurs s'appliquant à ces actes, a suscité, dès que cette question a commencé à être examinée en 1997, un débat très animé au sein de la Commission. La première question que soulève cette définition concerne la distinction entre l'acte unilatéral juridique et l'acte unilatéral de l'État qui ne vise pas à établir ou confirmer une relation juridique, c'est-à-dire l'acte unilatéral de nature politique. Dès le départ, l'accent a été mis sur la nécessité d'établir une distinction entre les deux actes, exercice délicat qui a pour objet essentiel de déterminer l'intention de l'État auteur de l'acte. Les actes unilatéraux de l'État relèvent évidemment du droit international et le fait de ne pas le respecter établirait la responsabilité internationale de l'État. Les actes de nature politique, de leur côté, n'engageraient l'État que dans ce contexte, leur inexécution ne créant que des effets de même nature.

127. Sans vouloir revenir sur ce point, il convient de se rappeler que la Commission a examiné attentivement, aussi bien en plénière qu'au sein du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États, des actes qui, bien que se situant dans des relations politiques internationales, ne relèvent pas du droit international. Parmi ces actes, la Commission a examiné les déclarations unilatérales des États dotés d'armes nucléaires, appelées déclarations accordant des garanties négatives de sécurité, formulées à divers niveaux et dans différents organes et contextes internationaux. Les membres considèrent pour la plupart qu'il s'agissait de déclarations à caractère politique qui, de ce fait, ne liaient pas juridiquement l'État auteur de la déclaration. Un examen minutieux de ces déclarations et des circonstances ou du contexte qui les ont suscitées révèle qu'il n'y avait pas d'intention de la part des États auteurs d'assumer des obligations juridiques liées à de telles garanties négatives de sécurité. Il s'agissait donc de déclarations unilatérales politiques qui ne relèvent pas du droit international.

128. Dès le départ, il a également été convenu de distinguer les actes juridiques unilatéraux de l'État se situant aisément dans le cadre conventionnel et qui, à ce titre, relèvent de la Convention de Vienne de 1969. Il s'agit d'actes unilatéraux d'un point de vue formel qui sont accomplis par un État mais entrent dans le cadre d'une relation conventionnelle. On peut citer par exemple la signature, la ratification, la formulation et le retrait des réserves, la notification, le dépôt d'instruments relatifs à cette relation conventionnelle, entre autres. L'acte unilatéral *stricto sensu* crée une relation entre l'État auteur et le ou les destinataires, mais cette relation diffère des relations qui entrent dans le cadre conventionnel.

129. On distingue également les actes unilatéraux liés à des régimes spécifiques qui sont autorisés par une norme

spécifique. Il s'agit par exemple des déclarations concernant la création d'une zone économique exclusive ou, de manière générale, la délimitation de l'espace maritime.

130. Pareillement sont exclues les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice qui, bien qu'étant également des déclarations unilatérales d'un point de vue formel, relèvent du régime de Vienne sur le droit des traités. Tout en étant unilatérales par la forme, ces déclarations entrent selon la majorité de la doctrine et de la jurisprudence internationales dans le cadre d'une relation conventionnelle en ce qu'elles relèvent du régime de Vienne. Elles n'en constituent pas moins des déclarations facultatives *sui generis* auxquelles doivent s'appliquer avec plus de souplesse certaines règles, celles de l'interprétation par exemple. Rappelons à cet égard que dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, les États-Unis ont considéré que ces déclarations avaient un caractère *sui generis* qui fait qu'elles

> ne constituent pas des traités et ne sont pas régies par le droit des traités, que les États ont le droit souverain d'assortir de réserves leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, et qu'il y a là une caractéristique inhérente au régime de la clause facultative, dont témoigne la pratique suivie et développée par les États[174].

131. Sans méconnaître leur caractère *sui generis*, comme ce fut le cas dans des affaires précédentes comme celle de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, la Cour estime en effet que ces déclarations entrent dans le cadre d'une relation conventionnelle. Elle a indiqué que les déclarations d'acceptation de ladite juridiction ne sont pas un contrat qui découle d'une négociation entre deux ou plusieurs États, précisant toutefois que celles-ci «résulte[nt] d'une rédaction unilatérale[175]». Le fait que ces déclarations soient enregistrées et déposées auprès du Secrétaire général conforte ce point de vue. À la lecture de l'arrêt de la Cour de 1984, on peut conclure que, bien qu'il s'agisse de déclarations relevant du régime conventionnel, leur caractère unilatéral doit être pris en compte au moment de l'interprétation.

132. Les actes unilatéraux que la Commission examine depuis 1997, à savoir les déclarations unilatérales qu'un ou plusieurs États formulent dans l'intention de produire des effets juridiques précis, doivent être distingués, du moins quant à leur formulation ou mise en œuvre, des comportements également unilatéraux qui, sans constituer des actes au sens strict du terme, peuvent produire des effets juridiques analogues. Les États n'ont pas, dans leur majorité, accepté que les actes et les comportements unilatéraux soient abordés dans une même étude même si quelques membres et quelques gouvernements ont estimé qu'ils devaient être examinés ensemble, étant donné que ces actes pouvaient avoir des effets analogues bien que pouvant être «formulés» ou «mis en œuvre» dans différentes circonstances. De l'avis du Rapporteur spécial, il existe des différences nettes entre les actes et les comportements, du moins en ce qui concerne leur formulation, mais on a considéré que ces derniers ne devaient pas être exclus du champ de l'étude et devaient être examinés par la Commission. Les principaux principes directeurs relatifs aux actes unilatéraux *stricto sensu* s'appliqueraient *mutatis mutandis* aux comportements unilatéraux des États.

133. Sur la base des rapports du Rapporteur spécial, la Commission a examiné très attentivement l'étude faite sur une série d'actes unilatéraux classiques, considérés comme tels par la majorité de la doctrine (reconnaissance, promesse, renonciation, protestation) et est arrivée à la conclusion que, bien que constituant un exercice de réflexion intéressant, qui enrichissait en quelque sorte la doctrine internationale en la matière, la qualification de l'acte n'a pas d'incidence sur ses effets juridiques. Un acte unilatéral, comme on l'a conclu par la suite, peut avoir diverses qualifications, sans que cela ait une incidence sur les effets juridiques que l'auteur a l'intention de produire. Indépendamment de la qualification de l'acte, il est important de déterminer si l'État auteur avait, au moment de formuler l'acte, l'intention de s'engager juridiquement envers le ou les destinataires.

134. L'acte unilatéral qui intéresse la Commission est une déclaration formulée par un ou plusieurs États, dont la forme – il importe de le préciser – n'est pas déterminante et qui contient une manifestation de volonté unilatérale concrétisée dans l'intention d'assumer des obligations précises ou de confirmer des droits précis. Il s'agit d'un acte dont le processus d'élaboration diffère de l'élaboration du traité auquel deux ou plusieurs États sont parties, d'où la difficulté d'établir que l'auteur avait l'intention de s'engager juridiquement.

135. L'auteur de l'acte vise, au moyen de la déclaration, à «produire des effets juridiques précis», expression plus générique qui recouvre aussi bien les obligations que peut assumer l'État auteur de la déclaration que les droits qu'il pourrait réaffirmer au moyen de cet acte. La doctrine et la Commission ont traité cette question de façon approfondie. Un État, comme on l'a affirmé, peut assumer des obligations unilatérales dans l'exercice de sa souveraineté, mais ne peut imposer des obligations à un autre État sans son consentement, tel que consacré par le régime sur le droit des traités. Certains membres ont cependant estimé que le fait de faire allusion aux obligations exclusivement limiterait la portée du projet. Il faut par conséquent faire allusion à la création d'effets juridiques qui englobe aussi bien le fait d'assumer des obligations que celui de réaffirmer des droits.

136. L'acte unilatéral doit être accompli «conformément au droit international»; cet acte trouve son fondement dans le droit international lui-même, constituant ainsi une source d'obligations[176] (et notamment de réaffirmation des droits), au même titre que les normes conventionnelles, les normes coutumières ou les actes des organisations internationales.

137. À la suite de ce qui a été indiqué plus haut et conformément aux résultats des travaux de la Commission et aux conclusions du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États créé pour examiner le thème, est

[174] *C.I.J. Recueil 1984* (voir *supra* la note 119), p. 415, par. 53.

[175] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 93 et suiv., en particulier p. 105.

[176] En ce sens, on ne peut s'empêcher de citer les expressions utilisées par la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 3 février 2006 sur la recevabilité de la requête dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, *C.I.J. Recueil 2006* (voir *supra* la note 40), p. 26, par. 45 (où elle utilise l'expression «engagement unilatéral ayant des effets juridiques»), et p. 27, par. 46 (où elle se réfère à l'«accomplissement au nom dudit État d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international»).

présenté ci-après le projet de principes directeurs qui rassemble en termes généraux les éléments constitutifs du projet de définition que le Rapporteur spécial a déjà présenté dans son premier rapport[177] qui a servi de base de discussion pour progresser dans l'examen du sujet.

«*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.»

138. S'agissant de la définition et de sa portée, il convient maintenant de considérer le destinataire (ou les destinataires) de l'acte. Si le thème à l'étude et le projet de principes directeurs portent sur les actes unilatéraux accomplis par un État, il importe de préciser toutefois que les destinataires de ces actes peuvent être un autre État, un groupe d'États, la communauté internationale dans son ensemble, une organisation internationale ou toute autre entité soumise au droit international.

139. Il est nécessaire par conséquent de mentionner cette particularité dans la définition (par. 2). Deux options se présentent à la Commission à cet égard: la première consiste à désigner les destinataires éventuels des actes unilatéraux, donnant ainsi à cette disposition un caractère plus restrictif; la deuxième, plus large, indiquerait que la caractéristique de l'acte unilatéral est qu'il soit accompli conformément au droit international, quels qu'en soient les destinataires[178].

«*Principe 1*

«*2. 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.»

## B. Accomplissement de l'acte unilatéral

### 1. Capacité des États d'accomplir des actes unilatéraux

140. De même qu'en matière de droit des traités, l'État a la capacité de formuler des actes unilatéraux. L'État peut en fait, dans l'exercice de sa souveraineté, formuler des déclarations dans l'intention de produire des effets juridiques précis, en assumant des obligations unilatérales sans que soit nécessaire, de par sa nature, l'acceptation ou une quelconque réaction de la part du destinataire. On utilise le terme «formulation» par analogie avec les termes «élaboration» ou «conclusion», utilisés en matière de droit international. En effet, on considère que la «formulation» correspond à la forme unilatérale de l'acte, tandis que l'«élaboration» ou la «conclusion» d'un traité suppose l'accord ou la concertation de volontés, condition qui n'est pas requise en matière d'actes unilatéraux.

141. Cela étant, la Convention de Vienne de 1969 (art. 6) énonce que tout État est compétent pour accomplir un acte unilatéral, en précisant «conformément au droit international»; le principe directeur serait ainsi libellé:

«*Principe 2. Capacité des États d'accomplir des actes unilatéraux*

«Tout État a la capacité d'accomplir des actes unilatéraux conformément au droit international.»

### 2. Personnes habilitées à accomplir des actes unilatéraux au nom de l'État

142. Une question quelque peu complexe liée à l'accomplissement des actes unilatéraux est celle des personnes compétentes pour accomplir au nom de l'État des actes de cette nature et engager celui-ci dans ses relations internationales. Le sujet a été abordé par la Commission en diverses occasions, notamment lors des débats suscités par les deuxième et troisième rapports sur les actes unilatéraux des États. On se rappellera que le Rapporteur spécial a présenté quelques idées générales et préliminaires sur le thème, s'accordant avec les points de vue exprimés tant par les membres de la Commission que les États qui ont répondu au questionnaire que leur a adressé le Secrétariat[179].

143. Comme point de départ, conformément au régime de Vienne sur le droit des traités, certaines personnes peuvent agir et engager l'État dans ses relations internationales sans autorisation (le chef de l'État, le chef du gouvernement comme le ministre des affaires étrangères), l'hypothèse étant que ces personnes jouissent des pleins pouvoirs à cet effet. Comme la Cour internationale de Justice l'a fait observer récemment, réaffirmant en cela une jurisprudence constante,

> 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[180].

144. Le paragraphe 1 du projet de principes directeurs, qui expose cette règle générale, serait ainsi libellé:

«*Principe 3. Compétence pour accomplir des actes unilatéraux au nom de l'État*[181]

«1. En vertu de leurs fonctions, le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères

[177] *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/486, p. 327.

[178] Qu'il suffise de rappeler à cet égard quelques exemples cités dans le huitième rapport sur les actes unilatéraux des États, qui prévoient comme destinataires d'un acte unilatéral notamment les agents d'une organisation internationale ou des entités qui ne seraient pas des États à proprement parler [*Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 1), p. 130 et 131, par. 44 à 54, et p. 138 à 140, par. 138 à 156].

[179] Voir par exemple les opinions de l'Argentine et d'Israël [*Annuaire… 2000* (voir *supra* la note 130), p. 292 et 293].

[180] *C.I.J. Recueil 2006* (voir *supra* la note 40), p. 27, par. 46.

[181] Titre reprenant la formule proposée par M. Pambou-Tchivounda (*Annuaire… 2000*, vol. I, 2628e séance, p. 138, par. 31).

sont considérés comme représentant l'État et étant habilités à accomplir en son nom des actes unilatéraux[182].»

145. Outre les personnes citées au premier paragraphe du projet de principe 3, il y aurait d'autres personnes qui peuvent agir au nom de l'État et l'engager en formulant une déclaration unilatérale. Dans le cadre de la Sixième Commission ont été exprimées diverses opinions qui montraient qu'elle n'était pas favorable à ce qu'on élargisse le champ des personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux[183]. De même, au sein de la CDI elle-même, divers membres ont cité des exemples dont on peut déduire que dans bon nombre de cas les délégués aux conférences internationales ont formulé des déclarations dont on peut dire qu'elles ont un certain caractère obligatoire pour les États qu'ils représentent, mais en fin de compte ce n'était pas le cas[184].

146. Comme on l'a fait remarquer, cette disposition soulève évidemment beaucoup de problèmes; la pratique courante étant que, notamment dans le cadre de certains organes ou organisations internationaux, des représentants de l'État autres que ceux qui ont été mentionnés plus haut accomplissent des actes par lesquels ils peuvent, et c'est en fait ce qui se passe, engager l'État qu'ils représentent[185].

147. Durant les travaux de la Commission, on a évoqué le fait que des personnes autres que le chef de l'État ou le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères puissent également être autorisées en vertu du droit international à agir au nom de l'État et l'engager. On estime par conséquent qu'une personne autre que celles qui ont été mentionnées peut agir au nom de l'État et engager celui-ci si l'on considère que ladite personne est habilitée à ce faire. Cette notion nouvelle s'inscrirait dans la dynamique des relations internationales et permettrait d'envisager que certaines personnes soient habilitées à formuler des actes unilatéraux et agissent de fait au nom de l'État. Compte tenu du caractère spécifique des actes unilatéraux, les normes en vigueur en matière conventionnelle devraient être assouplies de sorte que, seulement dans des cas et des circonstances bien déterminés, l'État puisse être engagé par des personnes différentes de celles traditionnellement définies par le régime de Vienne.

148. La Cour internationale de Justice, statuant sur la compétence et la recevabilité de la demande déposée par la République du Congo contre le Rwanda, en date du 3 février 2006, a relevé

> 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 des titulaires de portefeuilles ministériels techniques exerçant, dans les relations extérieures, des pouvoirs dans leur domaine de compétence, voire même de certains fonctionnaires[186].

Cela confirme que d'autres personnes, distinctes de celles habilitées par la Convention à agir au nom du chef de l'État, peuvent engager l'État au moyen d'une déclaration unilatérale, tel qu'il ressort des observations de la Cour dans l'affaire citée, à propos de la déclaration du Ministre rwandais de la justice.

149. On pourrait ajouter qu'outre la pratique d'où il ressort qu'une personne peut agir et engager l'État qu'elle représente dans un cadre déterminé, les circonstances dans lesquelles l'acte unilatéral a été formulé sont importantes, comme on le verra par la suite. De fait, la façon dont l'acte est formulé, ses termes (et, comme la Cour internationale de Justice l'a souligné, la clarté et la précision de ces termes) tout comme le contexte seront déterminants pour la présentation de toutes les données relatives à l'acte unilatéral.

150. Étant entendu que cette question sera examinée plus loin de façon plus approfondie, et considérant l'interprétation des actes unilatéraux, le paragraphe 2 du projet de principe directeur 3 se présente en ces termes:

> «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.»

### 3. Confirmation ultérieure d'un acte accompli par une personne non autorisée

151. Comme en droit international, un acte unilatéral peut être confirmé par l'État lorsqu'il est accompli par une personne non autorisée (ou non habilitée à ce faire). Le Rapporteur spécial a proposé dans des rapports précédents que, compte tenu des caractéristiques de l'acte unilatéral, l'acte soit confirmé expressément, point de vue auquel ne souscrivent pas tous les membres de la Commission.

152. Indépendamment du fait que la question est examinée dans le premier chapitre du présent rapport, et considérant les causes de nullité de l'acte unilatéral, on

---

[182] La nécessité d'appliquer un critère restrictif en ce qui concerne les personnes qui pourraient être autorisées à engager l'État au moyen d'actes unilatéraux a été soulignée par un groupe important parmi les États qui ont répondu au questionnaire que le Secrétariat leur a envoyé [voir *Annuaire… 2000* (note 130 *supra*), p. 285]. Dans le même ordre d'idées, M. Momtaz a indiqué à la Commission qu'il était nécessaire de limiter la capacité d'accomplir un acte unilatéral aux personnes qui sont mentionnées au paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 (voir *Annuaire… 2002*, vol. I, 2723e séance, p. 85, par. 30).

[183] Ainsi, le représentant du Chili a indiqué en 2005, s'agissant de la possibilité d'adopter un critère souple en ce qui concerne la définition des personnes qui ont la capacité de formuler des actes unilatéraux, que sa délégation s'oppose à ce que cette règle soit plus souple que la formule en matière de traité dans la Convention de Vienne de 1969. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 47, où il est dit que le critère de souplesse est dangereux et peut donner lieu à de nombreux abus, du fait qu'il laisse au destinataire le soin de déterminer si une personne qui a formulé une déclaration sans avoir été habilitée à cela peut engager l'État qu'elle prétend représenter. La Convention, à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 7, limite la souplesse en matière de représentation de l'État exclusivement à la pratique des États intéressés, pour que cette décision ne revienne pas à un seul État. Le délégué du Kenya a abondé dans le même sens, faisant remarquer que la catégorie de personnes habilitées devrait se limiter aux personnes définies à l'article 7 (ibid., par. 73).

[184] Voir les exemples cités par M. Hafner dans *Annuaire… 1999*, vol. I, 2595e séance, p. 218, par. 34.

[185] Voir par exemple ce qui se passe dans le cas des représentants des États réunis au sein du Conseil de l'Union européenne, qui ont rang de ministres mais ne sont pas nécessairement des ministres des affaires étrangères.

[186] *C.I.J. Recueil 2006* (voir *supra* la note 40), p. 27, par. 47.

présente ci-après le projet de principe directeur relatif à la confirmation:

«*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.»

### C. Fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux

153. Depuis la présentation du premier rapport à la Commission[187], la question du fondement des actes unilatéraux, c'est-à-dire ce qui leur confère leur caractère obligatoire, s'est posée à plusieurs reprises, sans que l'unanimité se fasse à ce sujet. Sans entrer dans les détails et se fondant sur les rapports antérieurs et les débats tenus à la Commission sur le sujet, le Rapporteur spécial remarque que ni la doctrine[188] ni les membres de la Commission n'ont adopté une position unique[189] permettant de déterminer clairement le fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux.

154. Si l'on se réfère à ce que la Cour internationale de Justice a indiqué dans ses arrêts de 1974, la bonne foi reste un principe de base à prendre en compte, vu que

> [l]'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les États intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée[190].

155. Ainsi donc, d'un point de vue réaliste, l'intention de l'État qui accomplit l'acte unilatéral constitue également un élément à prendre en compte au moment de déterminer le fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux. Cette opinion, exprimée par la Commission[191], a été corroborée par la doctrine[192] et par la Cour internationale de Justice[193]. Dans son arrêt du 3 février 2006 cité plus haut, la Cour a réaffirmé la nécessité de prendre en compte «le contenu réel de celle-ci ainsi que les circonstances dans lesquelles elle a été faite» (c'est-à-dire le contexte); de la même manière, la Cour a rappelé qu'«une déclaration de cette nature ne peut créer des obligations juridiques que si elle a un objet clair et précis[194]».

156. Sur la base de tout ce qui précède, on pourrait élaborer un principe directeur relatif au fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux, qui serait ainsi libellé[195]:

«*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.»

### D. Interprétation des actes unilatéraux

157. En matière d'actes unilatéraux, il se révèle pratiquement impossible de formuler des règles d'interprétation comparables à celles prévues en matière conventionnelle, du fait de la nature même de ces actes. Certains critères préliminaires ont été formulés aussi bien dans le quatrième que dans le cinquième rapport[196] présentés à la Commission, l'intention étant de présenter certaines règles d'interprétation des actes unilatéraux. Les diverses opinions exprimées par les membres de la Commission traduisent les nombreuses difficultés que pose la formulation de critères d'interprétation des actes unilatéraux[197] qui soient généralement acceptables. Les références comme celles aux travaux préparatoires, aux préambules

---

[187] Voir *Annuaire… 1998* (note 177 *supra*), p. 344 et 345, par. 152 à 162.

[188] En ce sens, Bondía García, *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, spécialement à la page 76, prétend offrir un fondement double: un critère subjectif, consistant dans la volonté de l'État de conférer un caractère obligatoire à l'acte unilatéral, et un critère subjectif qui tient à la protection de la confiance légitime (bonne foi); voir également dans la doctrine espagnole Zafra Espinosa de los Monteros, *Aproximación a una teoría de los actos unilaterales de los Estados*, p. 54 à 56, où il s'emploie à suivre de près la déclaration de la Cour internationale de Justice dans les affaires des *Essais nucléaires*, faisant résider le caractère obligatoire sur la bonne foi et la confiance mutuelle.

[189] On a tenté de faire résider le caractère obligatoire des actes unilatéraux sur une règle qui pourrait être *acta sunt servanda* ou *declaratio est servanda*, mais cette formule a suscité de multiples critiques. Même certains membres de la Commission ont fait remarquer qu'il n'était «pas nécessaire […] d'inventer une norme spécifique à cet effet, comme la *declaratio est servanda*. Le principe de la bonne foi suffit» (opinion de M. Lukashuk, *Annuaire… 1998*, vol. I, 2524e séance, p. 39, par. 47).

[190] *C.I.J. Recueil 1974* (voir *supra* la note 139), p. 268, par. 46.

[191] *Annuaire… 2000* (voir *supra* la note 50), p. 252, par. 35 et 36.

[192] À cet égard, voir Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It,* p. 35; voir également Bondía García, op.cit., p. 76 et 77.

[193] Sans aller loin, on peut se référer à l'affaire des *Essais nucléaires*, où il est affirmé que «quelle qu'ait pu en être la forme, il convient de considérer [ces déclarations] comme constituant un engagement de l'État, étant donné leur intention et les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues» [*C.I.J. Recueil 1974* (voir *supra* la note 139), p. 269, par. 49].

[194] *C.I.J. Recueil 2006* (voir *supra* la note 40), p. 28, par. 49 et 50.

[195] Il faut tenir compte du fait que la numérotation a été changée car, selon le Rapporteur spécial, les projets de principe ébauchés dans le premier chapitre du présent rapport, relatifs aux causes de validité et d'extinction des actes unilatéraux, doivent figurer avant le principe directeur lui-même, comme on peut le voir dans l'annexe, où tous ces principes sont énumérés dans l'ordre.

[196] À cet égard, voir *Annuaire… 2001* (note 31 *supra*), p. 126 à 134, par. 101 à 154, et *Annuaire… 2002*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/525 et Add.1 et 2, par. 120 à 135, où on a tenté de présenter une règle générale d'interprétation, ainsi que des moyens complémentaires d'interprétation.

[197] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 219 et 220, par. 239 à 244 spécialement. À ce moment-là, on considérait qu'il était prématuré d'aborder la question de l'interprétation; certains membres estimaient que les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 pouvaient se révéler utiles tandis que d'autres exprimaient une opinion tout à fait contraire, du fait de la nature différente des actes unilatéraux. Les notions d'objet et de but, tout comme du contexte de l'acte unilatéral, ont été soulignées au sein de la Commission au cours de cette session.

et aux annexes qui dans les traités internationaux peuvent se révéler utiles, comme le Rapporteur spécial l'a proposé dans les rapports précédemment cités, devront être écartées, suivant en cela le critère majoritairement exprimé par les membres de la Commission[198] et par la doctrine[199].

158. Il est important de souligner que les déclarations unilatérales examinées par la Cour internationale de Justice, qu'elles entrent ou non dans une relation conventionnelle, ont fait l'objet d'interprétation, raison pour laquelle il y a lieu de les mentionner. La Cour, en effet, s'est trouvée devant la nécessité d'interpréter de façon restrictive les déclarations en vertu desquelles les États ont tenté de limiter leur liberté d'action, et de souligner en outre la nécessité de tenir compte du contexte dans lequel l'acte unilatéral est formulé, notamment sa clarté et sa précision, comme on l'a déjà indiqué[200].

159. Tous les éléments cités plus haut pourraient être utilisés pour interpréter l'acte unilatéral; le contexte étant déterminant à cet égard, il devra être pris en compte pour déterminer la valeur de l'acte unilatéral et tirer les conséquences juridiques éventuelles qui découlent de cet acte.

160. Dans cet ordre d'idées, le Rapporteur spécial présente le projet de principe directeur suivant:

«*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 de la précision de sa formulation aux fins de son interprétation.»

161. Le Rapporteur spécial estime s'être acquitté du mandat établi par la Commission, en présentant des projets de principes directeurs dûment fondés, applicables aux actes unilatéraux des États. Ces projets, si la Commission le juge utile, pourront être renvoyés au Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États et ensuite au Comité de rédaction pour examen. Le Rapporteur spécial considère que ces principes directeurs pourraient être utilisés par les États pour examiner dans la pratique les effets que produisent les actes unilatéraux des États, question que la Commission examine depuis 1997.

---

[198] Voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 90, par. 405 et 406.

[199] Voir Aspremont Lynden, «Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des États», p. 180 et 181, traitant spécialement de l'interprétation des actes unilatéraux.

[200] Voir *C.I.J. Recueil 1974* (note 139 *supra*), p. 267, par. 44, et *C.I.J. Recueil 2006* (note 40 *supra*), p. 28, par. 49 et 50.

*Annexe*

## PROJET DE PRINCIPES DIRECTEURS

On trouvera ci-après l'ensemble des propositions relatives aux principes directeurs présentées compte tenu des liens qui existent entre elles, pour examen par la Commission à sa session en cours.

*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.

*Principe 2. Capacité des États d'accomplir des actes unilatéraux*

Tout État a la capacité d'accomplir des actes unilatéraux conformément au droit international.

*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.

*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.

*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 a accompli 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 unilatéral 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 unilatéral qui, au moment de son accomplissement, est en conflit (ou en contradiction) avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

*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

[*] Ce principe fait l'objet de deux paragraphes relatifs l'un à la définition proprement dite et l'autre aux destinataires de l'acte unilatéral.

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;

*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.

*Principe 9. Suspension de l'application des actes unilatéraux*

L'application d'un acte unilatéral peut être suspendue par l'État qui l'a accompli:

*a*) si, au moment de l'accomplissement de l'acte, cette éventualité a été prévue dans des circonstances particulières;

*b*) si l'acte en question a été subordonné à une condition suspensive lors de son accomplissement;

*c*) si son objet a disparu de façon temporaire;

*d*) si survient un changement fondamental des circonstances ayant motivé l'acte qui rend temporairement impossible son accomplissement.

*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.

*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.

# LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

[Point 7 de l'ordre du jour]

**DOCUMENT A/CN.4/572***

## Note sur le projet de directive 3.1.5 (Définition de l'objet et du but du traité), par M. Alain Pellet, Rapporteur spécial

*[Original: français]*
*[21 juin 2006]*

1. Lors de la cinquante-septième session de la Commission du droit international, en 2005, le Rapporteur spécial a proposé, dans son dixième rapport sur les réserves aux traités[1], un projet de directive 3.1.5 relatif à la définition de l'objet et du but du traité, qui joue un rôle clef dans la détermination de la validité d'une réserve. Ce projet était rédigé ainsi:

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 dispositions essentielles du traité, qui en constituent la raison d'être[2].

2. Le débat sur ce projet de directive au sein même de la Commission a été, faute de temps, très court, et plusieurs membres de la Commission n'ont pas pu s'exprimer lors de la cinquante-septième session. Bien que la majorité des membres qui ont pris la parole n'ait pas manifesté d'objections radicales à la proposition du Rapporteur spécial, plusieurs orateurs ont relevé à juste titre que la définition proposée était peu opérationnelle et que son utilité n'était pas évidente[3].

3. À la Sixième Commission de l'Assemblée générale, la proposition du Rapporteur spécial a été plutôt bien reçue par les États Membres, dont certains ont indiqué que la Commission devait continuer à l'examiner[4]. Mais il a été également remarqué que la définition proposée n'était guère utilisable en raison des termes vagues et peu clairs[5].

4. Bien que certains membres de la Commission[6] et quelques délégations au sein de la Sixième Commission[7] eussent été d'un avis contraire, le Rapporteur spécial continue[8] à croire que le Guide de la pratique doit nécessairement contenir une définition de l'objet et du but du traité. Ce n'est pas parce qu'une définition semble difficile à élaborer qu'il faut se résigner à ne pas définir cette notion centrale du droit des réserves et, au-delà, de tout le droit des traités. De surcroît, il faut garder à l'esprit qu'il s'agit d'un Guide de la pratique destiné à éclairer et à préciser le régime des réserves aux traités tel qu'il est établi par les deux Conventions de Vienne sur le droit des traités[9]. Ne pas définir une notion aussi énigmatique et, en même temps, aussi centrale pour l'appréciation de la validité d'une réserve constituerait, de l'avis du Rapporteur spécial, une lacune importante de ce Guide qui, contrairement à sa vocation, n'aiderait pas les États dans leur pratique en matière de réserves.

5. Il est cependant indiscutable que l'objet et le but d'un traité donné ne peuvent être déterminés que par rapport au texte et au caractère particulier de chaque traité. Une définition ne peut donc constituer une recette applicable de manière automatique et une part de subjectivité subsistera inévitablement dans chaque cas d'espèce – il n'en est pas

---

* Incorporant le document A/CN.4/572/Corr.1.

[1] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 147.

[2] Ibid., p. 171, par. 89.

[3] M. Gaja (ibid., vol. I, 2857e séance, p. 201, par. 43), Mme Escarameia (ibid., 2858e séance, p. 202 et 203, par. 3), M. Koskenniemi (ibid., p. 206, par. 31), M. Fomba (ibid., par. 34) et M. Economides (ibid., p. 210, par. 72), Mme Xue (ibid., p. 211, par. 86) et M. Rodrígues Cedeño (ibid., p. 212, par. 101).

[4] Fédération de Russie [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 18], Mexique [ibid., 15e séance (A/C.6/60/SR.15), par. 5] et Argentine [ibid., 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 103].

[5] Suède, au nom des pays nordiques [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 21] et Chine [ibid., 15e séance (A/C.6/60/SR.15), par. 19].

[6] MM. Gaja (*Annuaire… 2005*, vol. I, 2857e séance, p. 201, par. 43) et Koskenniemi (ibid., 2858e séance, p. 206, par. 31).

[7] Royaume-Uni [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 5], Nouvelle-Zélande (ibid., par. 45) et Guatemala (ibid., par. 65).

[8] Voir aussi les conclusions du Rapporteur spécial des débats lors de la cinquante-septième session (*Annuaire… 2005*, vol. I, 2859e séance, p. 217, par. 16): «[I]l est indispensable d'essayer de définir la notion d'objet et de but, car elle est fondamentale dans le droit des réserves et dans le droit des traités en général.»

[9] Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, no 18232, p. 331, et Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986), A/CONF.129/15. Voir aussi les remarques de la délégation russe à la Sixième Commission [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 18]: «Bien que difficile à dégager, une définition claire et objective de l'objet et du but d'un traité pourrait utilement guider l'interprétation du traité international considéré relativement aux réserves qui y auraient été formulées.»

moins possible d'en limiter l'effet. Comme le Rapporteur spécial l'avait souligné dans son dixième rapport sur les réserves aux traités, les directives concernant la définition de l'objet et du but du traité «ne permettent sans doute pas de résoudre tous les problèmes»; néanmoins,

appliquées de bonne foi et avec un peu de bon sens, elles peuvent certainement y contribuer et il paraît légitime de transposer à la détermination de l'objet et du but du traité, en les adaptant, les principes applicables à l'interprétation des traités figurant aux articles 31 et 32 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986[10].

6. Après avoir écouté avec attention les membres de la Commission qui se sont exprimés sur ce point et étudié les commentaires des délégations au sein de la Sixième Commission, le Rapporteur spécial s'est convaincu que la définition actuellement proposée dans le projet de directive 3.1.5 ne répond que très imparfaitement à la clarification qui lui paraît indispensable et que la référence à la seule raison d'être du traité risque de remplacer une énigme[11] par une autre.

7. Suivant une suggestion faite lors de la cinquante-septième session[12], le Rapporteur spécial considère qu'il pourrait être utile de s'inspirer de la formule figurant dans la seconde partie du projet de directive 3.1.12 (Réserves aux traités généraux de droits de l'homme)[13] et de mettre en relation la réserve avec l'effet qu'elle produira (ou qu'elle entend produire) sur l'économie générale du traité. Dans cet esprit, la définition suivante pourrait être retenue comme base des travaux du Comité de rédaction:

«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.»

8. Alternativement, on pourrait aussi, dans le même esprit, retenir la définition ci-après qui se distingue de la précédente en se plaçant davantage dans une perspective procédurale:

«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.»

9. Ces rédactions alternatives[14], tout en conservant une indispensable souplesse et en laissant à l'appréciation subjective de l'interprète une part inévitable, pourraient sembler plus opérationnelles que celle proposée en 2005. En outre, elles montrent clairement que, bien que de l'avis du Rapporteur spécial la notion d'objet et de but du traité soit identique dans les diverses dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 qui y font référence[15], elles marquent clairement qu'elles n'ont d'autre ambition que de s'appliquer à la question de la validité des réserves.

[10] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), p. 171, par. 91.

[11] Voir Isabelle Buffard et Karl Zemanek, «The "object and purpose" of a treaty: an enigma?», *Austrian Review of International and European Law*, Vienne, vol. 3 (1998), p. 311 à 343.

[12] M. Gaja (*Annuaire… 2005*, vol. I, 2857e séance, p. 201 et 202, par. 46).

[13] «Pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité général de protection des droits de l'homme, il convient de tenir compte du caractère indissociable des droits qui y sont énoncés et de l'importance que revêt le droit faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité ou de la gravité de l'atteinte que lui porte la réserve» [*Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), p. 174, par. 102].

[14] Le Rapporteur spécial conserve une nette préférence pour la première rédaction qui lui paraît plus conforme à l'esprit général des définitions adoptées jusqu'à présent dans le Guide de la pratique.

[15] Voir le dixième rapport sur les réserves aux traités [*Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), p. 167 et 168, par. 77 et 78].

**DOCUMENT A/CN.4/574**

# Onzième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, Rapporteur spécial

*[Original: français]*
*[10 août 2006]*

## TABLE DES MATIÈRES


| | | Pages |
|---|---|---|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | | 187 |
| Ouvrages cités dans le présent rapport | | 188 |
| | *Paragraphes* | |
| INTRODUCTION | 1-57 | 189 |
| A. Le huitième rapport sur les réserves aux traités et ses suites | 2-15 | 189 |
| 1. L'examen du huitième rapport par la Commission | 2-5 | 189 |
| 2. L'examen du chapitre VIII du rapport de la Commission de 2003 par la Sixième Commission | 6-15 | 190 |
| B. Le neuvième rapport sur les réserves aux traités et ses suites | 16-26 | 191 |
| 1. L'examen du neuvième rapport par la Commission | 16-17 | 191 |
| 2. L'examen du chapitre IX du rapport de la Commission de 2004 par la Sixième Commission | 18-26 | 191 |
| C. Le dixième rapport sur les réserves aux traités et ses suites | 27-43 | 193 |
| 1. Le dixième rapport et son examen par la Commission | 27-31 | 193 |
| 2. L'examen du chapitre X du rapport de la Commission de 2005 par la Sixième Commission | 32-43 | 193 |
| D. Les développements récents en matière de réserves aux traités | 44-56 | 195 |
| E. Plan du onzième rapport | 57 | 198 |
| FORMULATION ET RETRAIT DES ACCEPTATIONS ET DES OBJECTIONS | 58-180 | 198 |
| A. Formulation et retrait des acceptations et des objections | 58-180 | 198 |
| 1. Faculté de faire des objections | 60-86 | 198 |
| 2. Procédure de formulation de l'objection | 87-144 | 204 |
| *a*) La forme de l'objection | 95-111 | 206 |
| *b*) La confirmation des objections | 112-124 | 209 |
| *c*) Le moment où une objection peut être faite | 125-144 | 211 |
| 3. Retrait et modification des objections aux réserves | 145-180 | 215 |
| *a*) La forme et la procédure du retrait des objections | 152-156 | 216 |
| *b*) Les effets du retrait d'une objection | 157-160 | 217 |
| *c*) La date d'effet du retrait d'une objection | 161-168 | 218 |
| *d*) Le retrait partiel des objections et ses effets | 169-175 | 219 |
| *e*) L'aggravation d'une objection à une réserve | 176-180 | 221 |


## Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

| | *Sources* |
|---|---|
| Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277. |
| Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950] | Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221. |
| Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961) | Ibid., vol. 500, n° 7310, p. 95. |
| Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963) | Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261. |

| | *Sources* |
|---|---|
| Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965) | Ibid., vol. 660, nº 9464, p. 195. |
| Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) | Ibid., vol. 999, nº 14668, p. 171. |
| Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) | Ibid. |
| Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) | Ibid., vol. 1155, nº 18232, p. 331. |
| Accord relatif aux transports internationaux de denrées périssables et aux engins spéciaux à utiliser pour ces transports (ATP) [Genève, 1er septembre 1970] | Ibid., vol. 1028, nº 15121, p. 121. |
| Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973) | Ibid., vol. 1035, nº 15410, p. 167. |
| Convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert de carnets TIR (Convention TIR) [Genève, 14 novembre 1975] | Ibid., vol. 1079, nº 16510, p. 89. |
| Accord international sur les bois tropicaux (Genève, 18 novembre 1983) | Ibid., vol. 1393, nº 23317, p. 67. |
| Convention sur le commerce du blé (Londres, 14 mars 1986) | Ibid., vol. 1429, nº 24237, p. 71. |
| Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986) | A/CONF.129/15. |
| Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1582, nº 27627, p. 95. |
| Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989) | Ibid., vol. 1577, nº 27531, p. 3. |
| Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 9 décembre 1994) | Ibid., vol. 2051, nº 35457, p. 363. |
| Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997) | Ibid., vol. 2149, nº 37517, p. 257. |
| Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) | Ibid., vol. 2187, nº 38544, p. 3. |
| Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999) | Ibid., vol. 2178, nº 38349, p. 197. |

## Ouvrages cités dans le présent rapport


Abi-Saab, Georges

«Concluding remarks», dans Vera Gowlland-Debbas (dir. publ.), *Multilateral Treaty-Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000, p. 137 à 142.

Baratta, Roberto

*Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milan, Giuffrè, 1999.

Bowett, D. W.

«Reservations to non-restricted multilateral treaties», *The British Year Book of International Law 1976-1977*, vol. 48 (1978), p. 67 à 92.

Clark, Belinda

«The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women», *American Journal of International Law*, vol. 85, nº 2 (1991), p. 281 à 321.

Coccia, Massimo

«Reservations to multilateral treaties on human rights», *California Western International Law Journal*, San Diego, vol. 15, nº 1 (1985), p. 1 à 51.

Edwards, Jr., Richard W.

«Reservations to treaties», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, nº 2 (1989), p. 362 à 405.

Gamble, Jr., John King

«The 1982 U.N. Convention on the Law of the Sea: a "midstream" assessment of the effectiveness of article 309», *San Diego Law Review*, vol. 24, nº 3 (1987), p. 627 à 644.

Greig, D. W.

«Reservations: equity as a balancing factor?», *The Australian Year Book of International Law*, Canberra, vol. 16 (1995), p. 21 à 172.

Horn, Frank

*Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1988.

Imbert, Pierre-Henri

*Les réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, Paris, Pedone, 1978.

Jovanović, Stevan

*Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pedone, 1988.

Kohona, Palitha T. B.

«Some notable developments in the practice of the UN Secretary-General as depositary of multilateral treaties: reservations and declarations», *American Journal of International Law*, vol. 99, nº 2 (avril 2005), p. 433 à 450.

«Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depositary of multilateral treaties», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, vol. 33, nº 2 (2005), p. 415 à 450.

Lijnzaad, Liesbeth

*Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

MIGLIORINO, Luigi

«La revoca di riserve e di obiezioni a riserve», *Rivista di diritto internazionale*, Rome, vol. LXXV, n° 2 (1992), p. 315 à 334.

MÜLLER, Daniel

«Article 20», dans Olivier Corten et Pierre Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 797 à 882.

«Article 21», dans Olivier Corten et Pierre Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 883 à 934.

PELLET, Alain

«Conclusions générales», *La codification du droit international*, Société française pour le droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, Paris, Pedone, 1999, p. 329 à 341.

«Responding to new needs through codification and progressive development», dans Vera Gowland-Debbas (dir. publ.), *Multilateral Treaty-Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000, p. 13 à 23.

«Article 22», dans Olivier Corten et Pierre Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*, vol. I., Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 935 à 970.

PELLET, Alain et William SCHABAS

«Article 23», dans Olivier Corten et Pierre Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 971 à 1022.

REDGWELL, Catherine

«Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», *The British Year Book of International Law 1993*, vol. 64 (1994), p. 245 à 282.

REUTER, Paul

*Introduction au droit des traités*, 3e éd. rev. et aug., Presses Universitaires de France, Paris, 1995.

RIQUELME CORTADO, Rosa

*Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, Murcia, Université de Murcia, 2004.

SZAFARZ, Renata

«Reservations to multilateral treaties», *Annuaire polonais de droit international*, Breslavia, vol. III (1970), p. 293 à 316.

TOMUSCHAT, Christian

«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», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 27 (1967), p. 463 à 482.

ZEMANEK, Karl

«Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», dans Jerzy Makarczyk (dir. publ.), *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Boston et Lancaster, Martinus Nijhoff, 1984, p. 323 à 336.

# Introduction[1]

1. Le septième rapport sur les réserves aux traités a présenté un résumé sommaire des travaux antérieurs de la Commission du droit international sur le sujet[2]. Cela avait paru utile du fait que la Commission entamait un nouveau quinquennat. Les principales conclusions résultant de l'examen de ce septième rapport par la Commission elle-même et par la Sixième Commission de l'Assemblée générale ont été présentées dans le huitième rapport sur les réserves aux traités[3]. Renouant avec cette tradition, le rapport de cette année décrit brièvement les leçons que l'on peut tirer de l'examen des huitième, neuvième et dixième rapports par la Commission et par la Sixième Commission avant de présenter sommairement les principaux développements relatifs aux réserves qui se sont produits ces dernières années et qui ont pu venir à la connaissance du Rapporteur spécial.

## A. Le huitième rapport sur les réserves aux traités et ses suites

### 1. L'EXAMEN DU HUITIÈME RAPPORT PAR LA COMMISSION

2. Lors de sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission a adopté, d'une part, 11 projets de directive présentés par le Rapporteur spécial dans son septième rapport concernant le retrait et la modification des réserves[4], qui avaient déjà été renvoyés au Comité de rédaction lors de la cinquante-quatrième session, mais qui, faute de temps, n'avaient pas pu être examinés par celui-ci lors de cette session[5] et, d'autre part, les commentaires correspondants[6]. Ainsi, la Commission a continué à combler les lacunes de la troisième partie du Guide de la pratique consacrée à la formulation et au retrait des réserves, des acceptations et des objections[7]. La Commission a également renvoyé au Comité de rédaction les projets de directive présentés dans le huitième rapport du Rapporteur spécial relatifs à la question du retrait et de la modification des déclarations interprétatives[8].

[1] Le Rapporteur spécial tient à exprimer sa vive gratitude à Daniel Müller, doctorant à l'Université Paris X-Nanterre et chercheur au Centre de droit international de Nanterre, pour l'aide particulièrement utile qu'il lui a apportée pour la rédaction du présent rapport. Celui-ci s'inspire notamment des commentaires des articles 20 et 21 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après la Convention de Vienne de 1969) et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (ci-après la Convention de Vienne de 1986), «Article 20» et «Article 21». Certains développements du présent rapport ont également leur origine dans les commentaires des articles 22 («Article 22» rédigé par le Rapporteur spécial) et 23 (Pellet et Schabas, «Article 23»).

[2] *Annuaire… 2002*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/526 et Add.1 à 3, p. 6 à 14, par. 2 à 47.

[3] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/535 et Add.1, p. 35 à 38, par. 2 à 16.

[4] *Annuaire… 2002* (voir *supra* la note 2), annexe, p. 41.

[5] *Annuaire… 2003* (voir *supra* la note 3), p. 36, par. 6.

[6] Ibid., vol. II (2e partie), p. 72 à 94, par. 368.

[7] Voir le Plan provisoire de l'étude, présenté par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport [*Annuaire… 1996*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/477 et Add.1, p. 50 et 51, par. 37]; ce plan est également mentionné dans le septième rapport [*Annuaire… 2002* (voir *supra* la note 2), p. 9, par. 18].

[8] Projets de directives 2.4.9 (Modification des déclarations interprétatives), 2.4.10 (Modification d'une déclaration interprétative conditionnelle), 2.5.12 (Retrait d'une déclaration interprétative) et 2.5.13 (Retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle) [*Annuaire… 2003* (voir *supra* la note 3), p. 42 à 45, par. 49 à 68].

3. S'agissant du problème de l'aggravation de la portée d'une réserve, la majorité des membres de la Commission s'est montrée favorable au projet de directive proposé par le Rapporteur spécial[9] alignant la solution à donner à ce problème sur celui de la formulation tardive d'une réserve. Néanmoins, certains membres de la Commission se sont déclarés opposés à cette proposition[10] qui, selon eux, conduirait à mettre en péril la sécurité juridique et, de surcroît, serait contraire à la définition des réserves contenue dans la Convention de Vienne de 1969. Finalement, le projet de directive a également été renvoyé au Comité de rédaction après un vote et la Commission a décidé de solliciter les observations des États sur cette question[11].

4. Les projets de directive concernant la définition de l'objection aux réserves présentés dans le huitième rapport sur les réserves aux traités[12] ont donné lieu à un échange de vues critique[13] et fructueux portant notamment sur la question de l'intention de l'État objectant et des effets recherchés par ce dernier. Le Rapporteur spécial a pris note de ces discussions et a proposé une formulation plus neutre de la définition des objections. Néanmoins, les projets de directive correspondants n'ont pas été renvoyés au Comité de rédaction et le Rapporteur spécial s'est proposé de réfléchir plus avant sur la question dans le rapport suivant[14].

5. Faute de temps, le Comité de rédaction n'a pas pu considérer les projets de directive renvoyés par la plénière lors de la cinquante-cinquième session en 2003.

### 2. L'examen du chapitre VIII du rapport de la Commission de 2003 par la Sixième Commission

6. Le chapitre VIII du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-cinquième session en 2003[15] était consacré aux réserves aux traités. Conformément à la pratique, un très bref résumé en était donné dans le chapitre II[16] et les «points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission» étaient énoncés au chapitre III[17]. En ce qui concerne les réserves aux traités, la Commission a sollicité les observations et commentaires des États sur deux points: d'une part, la Commission a demandé aux États de lui fournir leurs points de vue et des exemples concrets de leur pratique concernant les objections aux réserves afin de compléter son information dans la perspective de la définition et la motivation des objections[18]; d'autre part, la Commission a sollicité les observations des États sur le projet de directive 2.3.5 (Aggravation de la portée d'une réserve) qui avait donné lieu à des prises de positions divergentes au sein de la Commission[19].

7. En ce qui concerne la question de l'aggravation de la portée d'une réserve, certaines délégations ont considéré qu'il existe des différences entre l'aggravation de la portée d'une réserve et la formulation tardive d'une réserve; la Commission devrait donc, de l'avis de ces délégations, exclure la possibilité pour les États d'aggraver la portée d'une réserve pour ne pas mettre en péril la sécurité juridique[20]. La majorité des délégations s'est cependant exprimée en faveur de l'alignement des conditions relatives à l'aggravation de la portée d'une réserve sur celles déjà élaborées par la Commission s'agissant de la formulation tardive d'une réserve[21]. Il a été souligné que de telles aggravations ne constituent pas nécessairement un abus de droit de la part de l'État réservataire, mais peuvent être faites de bonne foi et se révéler même nécessaires afin de tenir compte de contraintes nouvelles résultant, par exemple, de l'évolution du droit interne de l'État concerné[22].

8. Pour ce qui est des objections aux réserves et de leur définition, les opinions présentées par les différentes délégations ont été très divergentes et ont porté pratiquement sur chacun des éléments de la définition proposée.

9. Selon un point de vue extrême, il n'était pas nécessaire d'inclure une définition de l'objection dans le Guide de la pratique, et les paragraphes 4 *b* et 5 de l'article 20 et l'article 21 de la Convention de Vienne de 1969 étaient suffisants à cet égard[23].

10. L'option, choisie par le Rapporteur spécial et endossée par la Commission, d'essayer de définir ce qu'est une objection a été cependant accueillie favorablement par la majorité des délégations, qui ont estimé que toute définition des objections doit nécessairement prendre en compte l'intention de son auteur et les effets juridiques recherchés par celui-ci[24].

11. Des critiques ont cependant été émises à l'encontre de la définition proposée. Selon certaines délégations, l'élément intentionnel limité aux effets juridiques recherchés par l'auteur de l'objection sur la réserve était trop restrictif: les États font des objections pour diverses raisons, souvent d'ordre purement politique, mais également parce

---

[9] Projet de directive 2.3.5 (Aggravation de la portée d'une réserve) [ibid., p. 42, par. 46].

[10] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 65 et 66, par. 353 et 354.

[11] Voir *infra* les paragraphes 6 et 7.

[12] *Annuaire… 2003* (voir *supra* la note 3), p. 51 et 52, par. 98 à 105.

[13] Voir aussi le neuvième rapport sur les réserves aux traités, *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/544, p. 274 et 275, par. 6 à 11.

[14] Voir *infra* le paragraphe 17.

[15] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 61 à 94.

[16] Ibid., p. 13, par. 18. Le Rapporteur spécial continue à avoir les plus grands doutes sur l'utilité de ces «résumés» qui ne sont guère informatifs et risquent de fournir aux lecteurs trop pressés un mauvais prétexte pour ne pas se reporter aux chapitres pertinents.

[17] Ibid., p. 14.

[18] Ibid., p. 15, par. 34 à 38.

[19] Ibid., par. 39.

[20] Autriche [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-huitième session*, 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 97]; et Grèce [ibid., 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 53].

[21] Israël [ibid., 17e séance (A/C.6/58/SR.17), par. 47]; Slovénie [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 4]; Pays-Bas (ibid., par. 23); Suède, au nom des pays nordiques (ibid., par. 29); Italie (ibid., par. 33); Chine (ibid., par. 44); Roumanie (ibid., par. 62); Chili (ibid., par. 78); Argentine (ibid., par. 89); et Kenya [ibid., 21e séance (A/C.6/58/SR.21), par. 36].

[22] France [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 37]; et Chili (ibid., par. 79).

[23] Portugal [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 14]; États-Unis d'Amérique [ibid., 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 9]; et Pakistan (ibid., par. 67). Cette idée paraît singulière au Rapporteur spécial: ces dispositions ne portent aucunement définition de cette institution.

[24] Voir notamment Japon [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 48]; Roumanie (ibid., par. 63); Argentine (ibid., par. 87); Australie [ibid., 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 16]; et Malaisie (ibid., par. 20).

qu'ils considèrent la réserve contraire à l'objet et au but du traité[25]. La définition proposée par le Rapporteur spécial[26] supprimerait donc, de l'avis de ces délégations, l'élément de souplesse dont les États bénéficient actuellement[27].

12. Certaines délégations ont soutenu que les effets juridiques visés étaient trop larges et s'écartaient trop du régime de la Convention de Vienne de 1969[28]. De l'avis de ces États, seuls les effets prévus par la Convention devraient être retenus aux fins de la définition, étant cependant entendu qu'une place devait être laissée au «dialogue réservataire» dont l'objet est d'obtenir la modification de la réserve par l'État réservataire[29]. Il a cependant également été soutenu que la définition des objections devrait inclure toutes les réactions négatives à l'encontre de la réserve[30] et qu'il conviendrait de ne pas se limiter aux effets juridiques visés par la Convention, étant donné que les effets juridiques d'une objection dépendent largement de l'intention de l'État objectant[31]. Certains États ont toutefois souligné que les objections à effets «super-maximum[32]» réduisaient à néant un élément fondamental du consentement de l'État à devenir partie au traité[33].

13. Enfin, certaines délégations ont proposé d'évoquer dans la définition la portée strictement relative des effets de l'objection entre l'État auteur de la réserve visée et l'État auteur de l'objection[34].

14. D'une façon plus générale, les délégations se sont félicitées des projets de directive déjà adoptés par la Commission[35]; certaines modifications ont été proposées[36], que le Rapporteur spécial ne manquera pas de prendre en considération lors de l'examen en seconde lecture du Guide de la pratique. Il a en outre été suggéré d'indiquer plus systématiquement dans les commentaires celles des directives qui constituaient des directives interprétatives visant à clarifier les dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, d'une part, et, d'autre part, celles qui ne constituaient que des recommandations à l'intention des États[37]. Le Rapporteur spécial n'est pas convaincu que cela soit davantage praticable que la distinction entre les normes de stricte codification et celles qui relèvent du développement progressif[38].

15. Il a également été indiqué que les modalités du «dialogue réservataire», qui suscite, semble-t-il, beaucoup d'intérêt parmi les États, ne devraient pas faire l'objet d'un régime trop rigide, car il y a beaucoup de façons pour les États de faire part de leurs intentions concernant une réserve ou une objection[39].

## B. Le neuvième rapport sur les réserves aux traités et ses suites

### 1. L'examen du neuvième rapport par la Commission

16. Lors de sa cinquante-sixième session, en 2004, la Commission a adopté provisoirement les projets de directive renvoyés au Comité de rédaction lors de la session précédente (voir *supra* les paragraphes 2 et 3) et les commentaires y relatifs[40].

17. Dans son neuvième rapport sur les réserves aux traités[41], qui ne constitue en réalité qu'un rectificatif au deuxième chapitre de son huitième rapport[42], le Rapporteur spécial a réexaminé la question de la définition des objections en tenant compte des différentes critiques adressées à ses propositions lors de la session précédente de la Commission (voir *supra* le paragraphe 4) et au sein de la Sixième Commission (voir *supra* les paragraphes 8 à 13). La nouvelle définition, plus neutre vis-à-vis de la question difficile (et prématurée) de la validité d'une objection, et le projet de directive 2.6.2 concernant la définition des «Objections à la formulation ou à l'aggravation tardives d'une réserve» ont finalement été renvoyés avec quelques modifications au Comité de rédaction, qui n'a cependant pas pu les considérer lors de la cinquante-sixième session.

### 2. L'examen du chapitre IX du rapport de la Commission de 2004 par la Sixième Commission

18. Le chapitre IX du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-sixième session[43] est consacré aux réserves aux traités. Conformément à l'usage, un

[25] Pays-Bas [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 21]; Suède, au nom des pays nordiques (ibid., par. 28); États-Unis [ibid., 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 9]; et Israël [ibid., 17e séance (A/C.6/58/SR.17), par. 45].

[26] La définition des objections proposée par le Rapporteur spécial se lisait comme suit: «L'expression "objection" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou une organisation internationale en réaction à une réserve à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation internationale vise à empêcher la réserve de produire tout ou une partie de ses effets» [*Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 67, par. 363].

[27] États-Unis [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-huitième session*, 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 9].

[28] Voir cependant Slovénie [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 4]; et Malaisie [ibid., 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 20].

[29] France [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 38]; et Malaisie [ibid., 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 20].

[30] Italie [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 31].

[31] Pays-Bas [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 21]; Japon (ibid., par. 48); Roumanie (ibid., par. 63); Chypre (ibid., par. 70); Argentine (ibid., par. 89); Australie [ibid., 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 16]; Malaisie (ibid., par. 20); Grèce (ibid., par. 51); et Bulgarie (ibid., par. 63).

[32] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 66, par. 363.

[33] République islamique d'Iran [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-huitième session*, 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 70].

[34] Viet Nam [ibid., 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 23].

[35] Hongrie [ibid., 21e séance (A/C.6/58/SR.21), par. 7]; Inde (ibid., par. 41); Slovénie [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 3]; Suède, au nom des pays nordiques (ibid., par. 24); Roumanie (ibid., par. 62); Chypre (ibid., par. 70); et Bulgarie [ibid., 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 63].

[36] Autriche [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 92]; et Viet Nam [ibid., 20e séance (A/C.6/58/SR.20), par. 22].

[37] Guatemala [ibid., 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 9]; Autriche (ibid., par. 92); et Pologne (ibid., par. 103).

[38] Voir Pellet, «Conclusions générales», p. 330, et «Responding to new needs through codification and progressive development (keynote address)», notamment p. 15 et 16, et Abi-Saab, «Concluding remarks», notamment p. 138.

[39] Japon [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-huitième session*, 19e séance (A/C.6/58/SR.19), par. 47].

[40] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 113 et suiv., par. 295.

[41] *Annuaire… 2004* (voir *supra* la note 13).

[42] *Annuaire… 2003* (voir *supra* la note 3), p. 45.

[43] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 104 à 117, par. 248 à 295.

très bref résumé en est donné dans le chapitre II[44] et les «points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission» sont énoncés au chapitre III. En ce qui concerne les réserves aux traités, la Commission a sollicité les observations et commentaires des États au sujet de la terminologie à retenir pour la suite des travaux pour désigner les réserves qui ne satisfont pas aux critères de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 («licéité», «recevabilité» ou «validité»[45]).

19. Plusieurs observations ont été faites sur la question terminologique posée par la Commission, sans qu'une tendance nette puisse en être tirée. Bien que les termes anglais *unlawful* ou *wrongful* aient été catégoriquement rejetés, en français, les mots «licéité», «recevabilité» et «validité» ont tous trouvé à la fois des défenseurs et des détracteurs. Certaines délégations ont soutenu que les termes anglais *permissible*/*impermissible* (en français «licéité»/«illicéité») semblaient être largement acceptés et répondaient à l'objectif de neutralité requis[46]. Il a cependant été remarqué que le terme «licéité» supposait l'existence d'un organe ayant le pouvoir de décider sur la compatibilité d'une réserve avec le traité[47]. Il a en outre été remarqué que le terme «validité» risquait de préjuger les conséquences juridiques d'une réserve[48]. De surcroît, l'expression réserve «non valide» a été considérée comme prêtant à confusion en donnant à penser qu'elle a été formulée par un représentant non autorisé par l'État en question[49].

20. Un autre point de vue a consisté à distinguer entre les réserves qui ne satisfont pas aux conditions des alinéas *a* et *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, d'une part, et celles qui ne respectent pas la condition posée par l'alinéa *c* de la même disposition. Tandis que les premières doivent être considérées comme «illicites», les secondes devraient être qualifiées de «non valables[50]».

21. Quant au terme «recevabilité», il a été retenu par différentes délégations en ce qu'il reflétait au mieux la situation existant entre États souverains égaux[51].

22. Le mot «validité» a cependant eu la préférence d'autres délégations du fait qu'il figure dans certaines dispositions de la Convention de 1969 autres que l'article 19 et qu'il constitue dès lors la formule la plus adaptée[52]. Certaines délégations ont en outre souligné que les dispositions du paragraphe 1 *d* de l'article 2 et du paragraphe 1 de l'article 23 de la Convention, relatives au moment et à la forme d'une réserve, constituent également des critères de «validité[53]». Le mot «validité» a également été défendu à condition qu'une distinction nette soit faite entre «opposabilité» et «validité». La «non-opposabilité» a été en effet considérée comme la meilleure sanction de la «non-validité[54]»; à première vue, le Rapporteur spécial partage cette façon de voir, mais ce point fera l'objet d'une analyse plus approfondie dans un prochain rapport.

23. Quelques délégations ont profité de la question posée par la Commission sur la terminologie pour exposer à nouveau leur point de vue concernant la détermination de la validité d'une réserve et ses effets[55].

24. Sur la question de la définition des objections aux réserves, les États ont également exprimé des points de vue assez divergents mais qui ne se distinguent guère de ceux déjà soutenus l'année précédente (voir *supra* les paragraphes 8 à 13). Tandis qu'un certain nombre de délégations ont considéré la définition des objections comme trop étroite, en particulier en ce qui concerne les effets de l'objection visée par son auteur[56], d'autres délégations se sont montrées préoccupées par la trop grande souplesse de la définition par rapport à la Convention de Vienne de 1969[57]. Il a aussi été proposé, à titre de compromis entre une définition trop large et une définition trop étroite, de définir l'objection comme étant une réaction visant à rendre les effets d'une réserve non opposables dans les relations entre l'État auteur de l'objection et l'État réservataire[58]. Toutefois, d'autres délégations encore se sont montrées satisfaites de la définition proposée tout en observant que la question clef, c'est-à-dire celle des effets de la réserve par rapport à l'objection, n'était toujours pas réglée[59]. Plusieurs délégations ont cependant soutenu que la définition de l'objection ne devrait pas faire place à l'effet «super-maximum» d'une objection qui a été considérée comme clairement contraire aux principes élémentaires du droit des traités[60]. À l'inverse, il a été remarqué que la définition proposée ne rendait peut-être pas suffisamment compte des objections à effet minimum qui produisent en fait, et sous certaines conditions, les mêmes effets que la réserve visée; une définition alternative a été proposée en conséquence[61].

---

[44] Ibid., p. 13, par. 17. Voir également *supra* la note 16.

[45] Ibid., p. 16, par. 33 à 37.

[46] Grèce [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 10]; Japon [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 6]; et Malaisie (ibid., par. 40).

[47] République de Corée [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 31].

[48] Allemagne [ibid., 23e séance (A/C.6/59/SR.23), par. 68]; et Portugal [ibid., 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 2].

[49] Singapour [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 21].

[50] Suède, au nom des pays nordiques [ibid., 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 14]; et Singapour [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 20].

[51] République de Corée [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 31].

[52] États-Unis [ibid., 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 7]; et Espagne (ibid., par. 21).

[53] Belgique [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 13 à 15].

[54] Pologne [ibid., 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 24]; Japon [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 6]; Belgique (ibid., par. 92); et Malaisie (ibid., par. 40).

[55] Voir, par exemple, Belgique [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 12 à 15] et Singapour (ibid., par. 20 à 22).

[56] Italie [ibid., 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 34]; et Fédération de Russie [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 23].

[57] France [ibid., 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 16].

[58] France (ibid., par. 18).

[59] Espagne (ibid., par. 20).

[60] France [ibid., 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 16 et 17]; République islamique d'Iran (ibid., par. 36); Australie [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 44]; et Chili [ibid., 22e séance (A/C.6/59/SR.22), par. 89]. Voir cependant le point de vue de la Suède, au nom des pays nordiques, très compréhensif à l'égard des objections à effet «super-maximum» [ibid., 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 13].

[61] Voir Pologne [ibid., 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 23]: «L'expression "objection" s'entend d'une déclaration unilatérale, quels que soient son libellé ou sa désignation, faite pas un État ou une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exprimer un acte de non-acceptation (ou de rejet) de la réserve, certains effets juridiques pouvant être attribués à cet acte.»

25. Quelques délégations sont revenues sur le problème de l'aggravation de la portée d'une réserve en soutenant que les projets de directive adoptés par la Commission ne décourageaient pas suffisamment cette pratique[62]. Il a cependant été remarqué de nouveau (voir *supra* le paragraphe 7) que l'aggravation de la portée d'une réserve, bien qu'elle doive rester exceptionnelle, peut se justifier dans certaines circonstances[63].

26. D'autres remarques ont été faites concernant essentiellement des problèmes de forme[64]. Le Rapporteur spécial en tiendra compte lors de l'examen en seconde lecture du Guide de la pratique.

### C. Le dixième rapport sur les réserves aux traités et ses suites

#### 1. Le dixième rapport et son examen par la Commission

27. Lors de sa cinquante-septième session, en 2005, la Commission a adopté les projets de directive relatifs à la définition des objections qui avaient été renvoyés au Comité de rédaction lors de la session précédente, ainsi que les commentaires y relatifs[65].

28. Dans son dixième rapport sur les réserves aux traités, le Rapporteur spécial a présenté la question de la validité des réserves tout en réservant la discussion des questions restées ouvertes concernant la formulation des réserves, des acceptations et des objections. Faute du temps nécessaire, ce dixième rapport n'a pas pu être discuté entièrement par la Commission. L'examen des projets de directive relatifs à la question de la compatibilité d'une réserve avec le but et l'objet du traité[66], qui ont cependant déjà donné lieu à une discussion limitée[67], ainsi que la question de la détermination de la validité d'une réserve[68], ont été réservés pour la cinquante-huitième session en 2006.

29. Dans l'ensemble, les autres projets de directive proposés par le Rapporteur spécial dans son dixième rapport sur les réserves aux traités ont été accueillis favorablement par la Commission. Seules certaines modifications rédactionnelles ont été suggérées. Ces projets de directive ont été par conséquent renvoyés au Comité de rédaction[69], ainsi que les projets de directives 1.6 (Portée des définitions[70]) et 2.1.8 (Procédure en cas de réserves manifestement [illicites][71]) qui avaient déjà été adoptés provisoirement mais qui doivent être reconsidérés à la suite du changement de terminologie approuvé par la Commission qui, conformément à la proposition du Rapporteur spécial[72], a finalement décidé de retenir le terme plus neutre de «validité», de préférence à celui de «licéité» qui renvoie implicitement au droit de la responsabilité[73].

30. Le Comité de rédaction n'a cependant pas pu examiner les projets de directive qui lui ont été renvoyés et devra le faire lors de la cinquante-huitième session de la Commission en 2006.

31. En outre, la Commission a accueilli très favorablement la proposition du Rapporteur spécial d'organiser, lors de la cinquante-huitième ou de la cinquante-neuvième session, une réunion avec les organes des droits de l'homme concernant notamment les questions de la validité des réserves et, plus particulièrement, de l'objet et du but du traité. Toutefois, ce projet se heurte à des difficultés de natures diverses, qu'il serait peut-être utile de discuter lors de la présente session au sein du Groupe de planification.

#### 2. L'examen du chapitre X du rapport de la Commission de 2005 par la Sixième Commission

32. Le chapitre X du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session[74] en 2005 est consacré aux réserves aux traités. Comme d'habitude, un très bref résumé en est donné dans le chapitre II[75] et le chapitre III porte sur les «points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission». En ce qui concerne les réserves aux traités, la Commission a posé une seule question aux États[76].

33. Elle était ainsi rédigée:

> Fréquemment les États objectent à une réserve qu'ils estiment incompatible avec l'objet et le but du traité, sans pour autant s'opposer à l'entrée en vigueur du traité dans leurs relations avec l'auteur de la réserve. La Commission prendrait connaissance avec intérêt des observations des gouvernements sur cette pratique. Elle souhaiterait savoir, en particulier, les effets que les auteurs de telles objections en attendent et comment, selon les gouvernements, cette pratique s'articule avec les dispositions de l'article *c* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969.

34. Plusieurs délégations ont bien voulu faire des remarques sur la question posée par la Commission qui, selon certaines, touche un point crucial et difficile du droit des réserves bien que des problèmes d'incompatibilité avec l'objet et le but du traité ne se posent que dans des cas limités et extrêmes dans la pratique[77]. Force est cependant de constater que les différentes opinions émises à cette occasion sont fort divergentes.

---

[62] Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord [ibid., 22e séance (A/C.6/59/SR.22), par. 36]; et Autriche [ibid., 23e séance (A/C.6/59/SR.23), par. 79].

[63] Fédération de Russie [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 23].

[64] Fédération de Russie [ibid., 25e séance (A/C.6/59/SR.25), par. 23]; Malaisie (ibid., par. 41); et Australie (ibid., par. 45).

[65] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 77 et suiv., par. 438.

[66] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 147.

[67] *Annuaire… 2005*, vol. I, 2856e à 2858e séances.

[68] *Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 66), p. 183 à 197, par. 147 à 208. Voir les explications du Rapporteur spécial, ibid., vol. I, 2854e séance.

[69] Il s'agit des projets de directives 3.1 (Faculté de formuler des réserves), 3.1.1 (Réserves expressément interdites par le traité), 3.1.2 (Définition des réserves déterminées), 3.1.3 (Réserves implicitement autorisées par le traité) et 3.1.4 (Réserves non déterminées autorisées par le traité).

[70] Pour le texte et le commentaire de ce projet de directive, voir *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), p. 133.

[71] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 47.

[72] *Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 66), p. 147 et 148, par. 2 à 8, et ibid., vol. I, 2854e séance.

[73] Ibid., vol. I, 2859e séance; et ibid., vol. II (2e partie), p. 65, par. 345.

[74] Ibid., vol. II (2e partie), p. 64 à 83, par. 333 à 438.

[75] Ibid., p. 11, par. 18. Voir aussi *supra* note 16.

[76] Ibid., p. 14, par. 29.

[77] Royaume-Uni [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 3].

35. Indépendamment des effets concrets d'une objection à une réserve considérée comme étant incompatible avec l'objet et le but du traité au sens de l'article 19, alinéa *c*, de la Convention de Vienne de 1969 (et de celle de 1986), l'ensemble des remarques reflètent l'idée que les États, en formulant de telles objections, expriment leur désaccord avec la réserve en la jugeant non valide. Plusieurs délégations ont ainsi considéré qu'une telle objection, ou, plus encore, une pluralité de telles objections allant dans le même sens, constitue un élément important afin de déterminer l'objet et le but du traité[78].

36. Certaines délégations ont soutenu qu'une objection simple à une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité ne peut avoir pour effet que d'appliquer l'ensemble du traité sans prendre en compte la réserve[79], ce qui revient à ce qu'on a pu appeler l'effet «super-maximum» de l'objection. D'autres délégations se sont cependant prononcées contre un tel effet, qui a été jugé contraire au principe de base du droit des traités, à savoir le principe du consensualisme[80]. Pour ces États, ce n'est que dans des cas particuliers, dans lesquels l'État réservataire peut être considéré comme ayant accepté ou acquiescé à un tel effet, que l'application du traité sans prendre en compte la réserve pourrait être envisagée[81].

37. Pour l'ensemble des délégations qui ont bien voulu répondre à la question posée par la Commission, la décision de ne pas s'opposer à l'entrée en vigueur du traité a été expliquée par le souhait de nouer, malgré la réserve jugée incompatible avec l'objet et le but du traité, des relations conventionnelles avec l'État réservataire. Cette attitude n'a pas été justifiée uniquement par des considérations politiques et extrajuridiques[82]. Certaines délégations ont clairement soutenu que, par cette manière «paradoxale» de formuler des objections simples à une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité, l'État ayant formulé l'objection peut essayer d'ouvrir un «dialogue réservataire» afin de convaincre l'État réservataire de reconsidérer sa réserve ou de la retirer purement et simplement[83].

38. Élargissant la réflexion, plusieurs délégations ont considéré qu'il est difficile pour les États d'examiner la multitude de réserves formulées par d'autres États. Elles ont également souligné que des raisons politiques amènent souvent les États à ne pas réagir à de telles réserves. En considération de ces difficultés pratiques et politiques, ces délégations estiment que l'effet qui doit être attaché au silence des États dans de telles circonstances est loin d'être clair; mais, en aucun cas, le silence ne pourra être interprété comme une «validation implicite» de la réserve[84].

39. En ce qui concerne plus particulièrement le dixième rapport du Rapporteur spécial et les projets de directive proposés ou déjà adoptés, l'appréciation des différentes délégations qui se sont exprimées a, dans l'ensemble, été positive.

40. Il a été soutenu que le terme «faculté» (en anglais *freedom*) dans le titre du projet de directive 3.1 (Faculté de formuler des réserves) ne correspond pas aux réalités du régime de Vienne et doit être changé en «droit» (*right*)[85]. D'autres délégations ont exprimé des doutes sur la présomption de validité des réserves impliquée par ce projet de directive (dont il faut cependant rappeler qu'il se borne à reproduire purement et simplement les dispositions de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986). Selon ces États, un équilibre doit être trouvé entre une participation aussi large que possible au traité, d'une part, et l'intégrité du traité, d'autre part[86]. Il a également été suggéré d'inclure dans le projet de directive les interdictions implicites de réserves[87].

41. Les projets de directive concernant le but et l'objet du traité et la définition de cette notion, qui n'ont pas pu être discutés par la Commission en détail, ont été bien reçus par les États qui sont intervenus, dont certains ont indiqué que la Commission devait continuer à les examiner[88]. D'autres délégations se sont cependant interrogées sur la nécessité et l'utilité de chercher une définition de l'«objet et but» du traité et ont considéré qu'il serait plus utile de déterminer comment il a été recouru à cette notion dans des cas concrets[89]. Il a également été remarqué que la définition proposée n'est guère utilisable en raison des termes vagues et peu clairs employés[90].

42. En ce qui concerne plus particulièrement le projet de directive 3.1.7 (Réserves vagues et générales), il a été soutenu que la qualification automatique d'une réserve générale ou vague comme incompatible avec l'objet et le but du traité était trop sévère, bien que la pratique de formuler de telles réserves doive certainement être découragée[91]. Il a également été suggéré de supprimer le projet

---

[78] Japon [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 57]; Belgique [ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 67 et 69]; et Grèce [ibid., 19e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 39].

[79] Suède, au nom des pays nordiques [ibid., 14e séance (A/C.6/SR.14), par. 22 et 23]; Espagne [ibid., 17e séance (A/C.6/SR.17), par. 24]; Malaisie [ibid., 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 86]; et Grèce [ibid., 19e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 39].

[80] Royaume-Uni [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 3]; Australie (ibid., par. 40); France (ibid., par. 72); Italie [ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 20]; Portugal (ibid., par. 44); et Espagne [ibid., 17e séance (A/C.6/60/SR.17), par. 25].

[81] Royaume-Uni [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 3].

[82] Portugal [ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 43].

[83] France [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 72]; Italie [ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 20]; Portugal (ibid., par. 44); et Espagne [ibid., 17e séance (A/C.6/60/SR.17), par. 25]. Dans cet esprit, voir également Japon [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 57]; Belgique [ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 69]; et Roumanie (ibid., par. 77).

[84] Royaume-Uni [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 2 et 5]; Autriche (ibid., par. 13); et Portugal [ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 38]. Voir aussi en ce sens *Annuaire… 2005* (note 66 *supra*), par. 204 et 205.

[85] Royaume-Uni [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 6].

[86] Malaisie [ibid., 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 87].

[87] Espagne [ibid., 17e séance (A/C.6/60/SR.17), par. 19]; et République bolivarienne du Venezuela [ibid., 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 37].

[88] Fédération de Russie [ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 18]; Mexique [ibid., 15e séance (A/C.6/60/SR.15), par. 5]; et Argentine [ibid., 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 103].

[89] Royaume-Uni [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 5]; Nouvelle-Zélande (ibid, par. 45); et Guatemala (ibid., par. 65).

[90] Suède, au nom des pays nordiques [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 21]; et Chine [ibid., 15e séance (A/C.6/60/SR.15), par. 19].

[91] Autriche [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 15 et 16].

de directive 3.1.12 (Réserves aux traités généraux des droits de l'homme), qui risque de réintroduire des standards différents en ce qui concerne les traités des droits de l'homme[92]. D'autre part, on a mis en garde contre le fait de mêler les questions relatives aux réserves et celles liées au règlement des différends. Selon ce point de vue, le projet de directive 3.1.13 (Réserves aux clauses conventionnelles de règlement des différends ou de contrôle de la mise en œuvre du traité) risque de décourager les États de participer au traité en cause[93]; d'ailleurs a-t-on fait valoir que, dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, les réserves à de telles clauses n'ont jamais été considérées comme contraires à l'objet et au but du traité[94]. D'autres délégations ont cependant considéré que ce projet de directive établit un équilibre raisonnable entre la question de la préservation de l'objet et du but du traité et la liberté de se soumettre à des mécanismes de règlement des différends ou de contrôle de l'application du traité[95].

43. Ces questions devraient cependant être discutées d'une façon plus approfondie par la Commission durant la cinquante-huitième session en 2006. Quant aux nombreuses remarques concernant plus particulièrement les effets concrets d'une objection[96], qui dépassent largement le problème de définition, elles seront prises en compte par le Rapporteur spécial dans son prochain rapport qui devrait traiter des effets de l'acceptation et de l'objection d'une réserve.

### D. Les développements récents en matière de réserves aux traités

44. Dans son arrêt sur la compétence et la recevabilité dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)*[97] entre la République démocratique du Congo et le Rwanda, la Cour internationale de Justice s'est prononcée sur des questions intéressantes et importantes concernant le droit des réserves aux traités.

45. En premier lieu, la Cour a eu à connaître du problème d'ordre purement procédural du retrait d'une réserve. La République démocratique du Congo soutenait devant la Cour que le Rwanda avait retiré sa réserve à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide par la simple adoption d'un décret-loi par lequel le Gouvernement de ce pays aurait levé toutes les réserves émises par le Rwanda à l'adhésion, à l'approbation et à la ratification des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. La Cour n'a cependant pas endossé cet argument:

> C'est une règle du droit international, dérivée du principe de sécurité juridique et bien établie dans la pratique, que, sauf convention contraire, le retrait par un État contractant d'une réserve à un traité multilatéral ne prend effet à l'égard des autres États contractants que lorsque ceux-ci en ont reçu notification. Cette règle trouve son expression dans l'article 22, paragraphe 3 *a* de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui s'énonce comme suit: «À moins que le traité n'en dispose ou qu'il n'en soit convenu autrement: *a*) le retrait d'une réserve ne prend effet à l'égard d'un autre État contractant que lorsque cet État en a reçu notification.» Le paragraphe 4 de l'article 23 de la même Convention prévoit en outre que «le retrait d'une réserve ou d'une objection à une réserve doit être formulé par écrit».
>
> […] De l'avis de la Cour, l'adoption du décret-loi susmentionné et sa publication au Journal officiel de la République rwandaise ne sauraient en elles-mêmes valoir pareille notification. Pour produire des effets en droit international, le retrait aurait dû faire l'objet d'une notification reçue au plan international[98].

46. Ainsi, la Cour a confirmé les règles figurant dans les projets de directives 2.5.2 (Forme du retrait[99]) et 2.5.8 (Date d'effet du retrait d'une réserve[100]) d'ores et déjà adoptés et qui ne font que reprendre celles résultant de la Convention de Vienne de 1969.

47. En deuxième lieu, la République démocratique du Congo a soutenu devant la Cour que la réserve rwandaise à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide était invalide. La Cour, après avoir réaffirmé la position qu'elle avait prise dans son avis consultatif du 28 mai 1951 sur les réserves à la Convention[101], selon laquelle une réserve à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide serait permise pour autant qu'elle ne soit pas incompatible avec l'objet et le but de la Convention, a conclu:

> La réserve du Rwanda à l'article IX de la Convention sur le génocide porte sur la compétence de la Cour et n'affecte pas les obligations de fond qui découlent de cette convention s'agissant des actes de génocide eux-mêmes. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour ne peut conclure que la réserve du Rwanda, qui vise à exclure un moyen particulier de régler un différend relatif à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la Convention, doit être regardée comme incompatible avec l'objet et le but de cette convention[102].

La Cour a donc donné effet à la réserve rwandaise à l'article IX de la Convention comme elle avait déjà eu l'occasion de le faire pour des réserves comparables dans ses ordonnances en indication de mesures conservatoires dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force*[103].

48. En substance, cette solution correspond au projet de directive 3.1.13 (Réserves aux clauses conventionnelles de règlement des différends ou de contrôle de la mise en

---

[92] Malaisie [ibid., 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 89].

[93] Malaisie [ibid., 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 90]; et Portugal [ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 40].

[94] Malaisie [ibid., 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 90]. Voir aussi les paragraphes 49 et 50 du présent rapport.

[95] Espagne [ibid., 17e séance (A/C.6/60/SR.17), par. 18].

[96] Voir, par exemple, les remarques des Pays-Bas [ibid., 14e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 30], du Guatemala (ibid., par. 61) et de la Pologne [ibid., 16e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 31].

[97] *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) [République démocratique du Congo c. Rwanda], compétence et recevabilité*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6.

[98] Ibid., p. 25 et 26, par. 41 et 42.

[99] «Le retrait d'une réserve doit être formulé par écrit» [*Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 71]. Pour le commentaire de ce projet de directive, voir p. 76 à 78.

[100] «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» (ibid., p. 85). Pour le commentaire de ce projet de directive, voir p. 85 à 88.

[101] *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15.

[102] *C.I.J. Recueil 2006* (voir *supra* la note 97), p. 32, par. 67.

[103] *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)* et *(Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique),* mesures conservatoires, ordonnances du 2 juin 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 761 et suiv., en particulier p. 772, par. 32 et 33, et p. 916 et suiv., en particulier p. 924, par. 24 et 25, respectivement.

œuvre du traité) proposé par le Rapporteur spécial dans son dixième rapport sur les réserves aux traités[104].

49. Dans leur opinion individuelle collective, plusieurs juges ont cependant estimé que le principe appliqué par la Cour internationale de Justice dans son arrêt ne saurait avoir une portée absolue. Ils ont souligné qu'il peut y avoir des situations dans lesquelles des réserves aux clauses de règlement des différends peuvent se révéler contraires à l'objet et au but du traité; tout est fonction du cas d'espèce[105]. Tel est le sens de la fin du projet de directive 3.1.13 proposé par le Rapporteur spécial dans son dixième rapport qui prévoit deux exceptions au principe selon lequel il n'en va pas ainsi[106].

50. D'une façon plus générale, les auteurs de l'opinion individuelle collective ont proposé une lecture plus nuancée de l'avis consultatif de 1951. Il ressort en particulier de leur opinion que l'appréciation de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité ne relève pas uniquement de la compétence des États et que les prises de positions de plusieurs instances judicaires et des organes de contrôle conventionnel ne sont pas contraires à l'avis consultatif mais constituent simplement des développements juridiques sur des questions qui n'étaient pas posées à la Cour internationale de Justice en 1951[107].

51. En troisième lieu, en ce qui concerne la réserve rwandaise à l'article 22 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Cour a cependant suivi une approche sensiblement différente pour tenir compte du mécanisme d'appréciation de la validité des réserves prévu par la Convention elle-même:

> La Cour note que la Convention sur la discrimination raciale interdit les réserves incompatibles avec son objet et son but. Elle observe à cet égard qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 20 de la Convention «[u]ne réserve sera considérée comme rentrant dans [cette catégorie] si les deux tiers au moins des États parties à la Convention élèvent des objections». La Cour relève toutefois que tel n'a pas été le cas s'agissant de la réserve formulée par le Rwanda en ce qui concerne la compétence de la Cour. Sans préjudice de l'applicabilité *mutatis mutandis* à la réserve du Rwanda à l'article 22 de la Convention sur la discrimination raciale de son raisonnement et de ses conclusions relatifs à la réserve rwandaise à l'article IX de la Convention sur le génocide (voir les paragraphes 66 à 68 ci-dessus)[108], la Cour est d'avis que la réserve du Rwanda audit article 22 ne saurait dès lors pas être regardée comme incompatible avec l'objet et le but de cette convention. La Cour relève par ailleurs que la [République démocratique du Congo] elle-même n'a pas présenté d'objection à ladite réserve lorsqu'elle a adhéré à la Convention[109].

52. Quant à l'argument de la République démocratique du Congo selon lequel «la réserve en cause serait sans effet juridique parce que, d'une part, l'interdiction de la discrimination raciale serait une norme impérative du droit international général, et que, d'autre part, une telle réserve serait en conflit avec une norme impérative», la Cour internationale de Justice a renvoyé

> aux motifs par lesquels elle a écarté une semblable argumentation présentée par la [République démocratique du Congo] à propos de la réserve rwandaise à l'article IX de la Convention sur le génocide (voir les paragraphes 64 à 69)[110]: le fait qu'un différend porte sur le non-respect d'une norme impérative du droit international général ne saurait suffire à fonder la compétence de la Cour pour en connaître, et il n'existe aucune norme impérative qui imposerait aux États de consentir à ladite compétence pour le règlement de différends relatifs à la Convention sur la discrimination raciale[111].

53. Pour leur part, les organes créés au sein des Nations Unies ou par des conventions internationales en matière de droits de l'homme ont continué de développer et d'harmoniser leurs approches. Ainsi, Françoise Hampson a présenté en 2004 son document de travail final sur les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2004/42) étudiant la formulation des réserves et les réactions des États et des organes et mécanismes de contrôle. Des conclusions fort intéressantes et équilibrées se dégagent de cette étude approfondie. L'auteur estime en particulier que:

*a*) «[r]ien dans la Convention de Vienne n'indique qu'un régime spécial s'appliquerait aux traités relatifs aux droits de l'homme ou à une catégorie particulière de traités incluant les traités relatifs aux droits de l'homme» (par. 6);

*b*) «[u]n organe judiciaire ou quasi judiciaire est investi d'une compétence implicite pour […] *a*) déterminer si une déclaration est ou non une réserve; et *b*) dans l'affirmative […] déterminer s'il s'agit d'une réserve valable; et *c*) donner effet à une conclusion quant à la validité» (par. 37);

*c*) «[l]es observations générales et observations finales d'un organe conventionnel n'ont pas force contraignante pour les États parties, pas plus que les conclusions du Comité des droits de l'homme agissant au titre du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Reste que la conclusion de l'organe conventionnel, sans être contraignante, aura une force de persuasion considérable, ne serait-ce que parce que cet organe sera probablement amené à formuler des

---

[104] Voir *infra* la note 106.

[105] Opinion individuelle collective des juges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma, *C.I.J. Recueil 2006* (voir *supra* la note 97), p. 70 et 71, par. 21.

[106] Le texte du projet de directive 3.1.13 précise en effet:

«Une réserve à une disposition conventionnelle relative au règlement des différends ou au contrôle de la mise en œuvre du traité n'est pas, en elle-même, incompatible avec l'objet et le but du traité à moins que:

«*a*) [l]a disposition sur laquelle porte la réserve constitue la raison d'être du traité; ou

«*b*) [l]a réserve n'ait pour effet de soustraire son auteur à un mécanisme de règlement des différends ou de contrôle de la mise en œuvre du traité au sujet d'une disposition conventionnelle qu'il a antérieurement acceptée si l'objet même du traité est la mise en œuvre d'un tel mécanisme.»

[*Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 66), p. 173, par. 99.]

[107] *C.I.J. Recueil 2006* (voir *supra* la note 97), par. 4 à 23. Dans leur opinion collective (p. 68, par. 14), les cinq signataires se réfèrent dans ces termes aux travaux de la Commission sur les réserves aux traités: «L'étude des réserves aux traités, dans toute sa complexité, est en cours au sein de la Commission du droit international. (Sur les points abordés dans la présente opinion, voir, en particulier: deuxième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, Rapporteur spécial, rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-neuvième session […] [*Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), p. 44 à 58]; dixième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, Rapporteur spécial […] [*Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2]).»

[108] Voir le paragraphe 47 du présent rapport.

[109] *C.I.J. Recueil 2006* (voir *supra* la note 97), p. 35, par. 77.

[110] Voir le paragraphe 47 du présent rapport.

[111] *C.I.J. Recueil 2006* (voir *supra* la note 97), p. 35, par. 78.

conclusions analogues vis-à-vis de réserves similaires d'autres parties» (par. 18).

Il convient en outre d'attirer tout spécialement l'attention sur le paragraphe 38 de l'étude:

> Il a été dit que les mécanismes de contrôle n'ont pas le pouvoir de «déterminer» quoi que ce soit puisque leurs conclusions ne sont pas juridiquement contraignantes. Or, c'est là confondre deux questions distinctes. La première est celle du pouvoir de dégager des conclusions quant au fond, tandis que la seconde a trait au caractère contraignant de telles conclusions. Le fait que les conclusions d'un organe de contrôle quant au fond ne sont pas juridiquement contraignantes ne signifie pas que ses conclusions relatives à sa compétence ne le soient pas non plus. Ce serait, par exemple, un abus de pouvoir de la part d'un organe de contrôle d'exercer des attributions qu'il n'a pas, même avec le consentement de l'État considéré.

Ces conclusions rejoignent largement celles du Rapporteur spécial dans son dixième rapport sur les réserves aux traités et sont reflétées en particulier dans les projets de directives 3.2 à 3.2.4[112].

54. Conformément à la décision 2004/110 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (E/CN.4/2005/2, chap. II. B, p. 74), ce document de travail a été communiqué à l'ensemble des organes conventionnels et à la Commission. M[me] Hampson a recommandé de suspendre l'examen de la question des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme en attendant les travaux futurs de la Commission (E/CN.4/Sub.2/2004/42, par. 72).

55. La troisième réunion intercomités[113] et la seizième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, tenues à Genève respectivement les 21 et 22 juin et du 23 au 25 juin 2004, ont également examiné la question des réserves formulées aux instruments des droits de l'homme et ont constaté que «même si tous les organes conventionnels n'étaient pas confrontés à ce problème, il serait bon d'adopter une approche commune[114]». Un groupe de travail sur les réserves a été créé, sur la recommandation de la quatrième réunion intercomités[115], afin d'étudier le rapport sur la pratique des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, établi et constamment mis à jour par le Secrétariat (HRI/MC/2005/5 et Add.1); le groupe comprend un représentant de chaque organe. Lors de sa réunion tenue les 8 et 9 juin 2006[116], le groupe de travail a adopté les recommandations ci-après à l'attention de la cinquième réunion intercomités[117]:

> 1. Le groupe de travail se félicite du rapport sur la pratique des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en ce qui concerne les réserves à ces instruments (HRI/MC/2005/5) et de sa mise à jour (HRI/MC/2005/5/Add.1) que le secrétariat avait établis à l'intention de la quatrième réunion intercomités.
>
> 2. Le groupe de travail recommande que, bien que toute déclaration formulée au moment de la ratification puisse être considérée comme une réserve, quelle que soit sa désignation, la prudence doit être exercée avant de conclure que, même si l'État s'est abstenu d'utiliser le terme de «réserve», la déclaration devrait néanmoins être considérée comme telle.
>
> 3. Le groupe de travail reconnaît que, malgré la spécificité des traités relatifs aux droits de l'homme, qui ne constituent pas un simple échange d'obligations entre États mais sont l'expression juridique des droits essentiels que chacun doit pouvoir exercer en tant qu'être humain, le droit général des traités est applicable aux instruments relatifs aux droits de l'homme, et doit être appliqué tout en tenant bien compte de leur caractère particulier, y compris leur contenu et leurs mécanismes de contrôle.
>
> 4. Le groupe de travail estime que, lorsque les réserves sont autorisées, explicitement ou implicitement, elles peuvent contribuer à atteindre l'objectif de ratification universelle. Les réserves qui ne sont pas autorisées, y compris celles qui sont incompatibles avec l'objet et le but du traité, ne contribuent pas à atteindre l'objectif de ratification universelle.
>
> 5. Le groupe de travail estime que les organes conventionnels ont compétence pour évaluer la validité des réserves, en vue de s'acquitter de leurs fonctions, et éventuellement les conséquences de la constatation d'invalidité d'une réserve, en particulier dans l'examen de communications individuelles ou dans l'exercice d'autres fonctions d'enquête pour les organes conventionnels qui sont dotés de ces compétences.
>
> 6. Le groupe de travail considère que l'identification de critères pour déterminer la validité des réserves au regard de l'objet et du but du traité peut être utile non seulement aux États lorsqu'ils envisagent de formuler des réserves, mais également aux organes conventionnels dans l'exercice de leurs fonctions. À cet égard, les critères contenus dans le projet de directives du Guide de la pratique figurant dans le dixième rapport du Rapporteur spécial de la Commission du droit international sur les réserves aux traités (A/CN.4/558/Add.1) constituent une avancée. Le groupe de travail s'est félicité du dialogue avec la Commission du droit international et se réjouit à l'idée de le poursuivre.
>
> 7. Le groupe de travail considère que, quant aux conséquences de l'invalidité, les seules qui soient envisageables sont que l'État pourrait être considéré comme n'étant pas partie au traité, ou que l'État est partie au traité mais que la disposition sur laquelle porte la réserve ne s'applique pas, ou que l'État est partie au traité sans le bénéfice de la réserve. La détermination de ces conséquences dépend de l'intention de l'État au moment de la formulation de la réserve. Cette intention doit être identifiée au cours d'un examen sérieux des informations disponibles, avec la présomption, qui peut être réfutée, que l'État préférerait demeurer partie au traité sans le bénéfice de la réserve, plutôt que d'en être exclu.
>
> 8. Le groupe de travail se félicite de l'inclusion dans le projet de directives harmonisées pour l'établissement de rapports au titre des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, englobant le document de base commun et les rapports pour chaque instrument (HRI/MC/2006/3), d'une disposition sur les réserves. Il souligne l'importance du dialogue entre les organes conventionnels et les États réservataires, dialogue destiné à mieux cerner la portée et les conséquences des réserves et amener éventuellement l'État partie à reformuler ou retirer ses réserves.
>
> 9. Le groupe de travail recommande qu'une nouvelle réunion soit convoquée en fonction des dernières discussions qui auront eu lieu à la Commission du droit international au sujet des réserves aux traités[118].

---

[112] *Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 66), p. 184 à 191, par. 151 à 180.

[113] Ont assisté à ces réunions des membres des organes créés en vertu des traités relatifs aux droits de l'homme ci-après: Comité des droits de l'homme, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Comité des droits de l'enfant, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Comité contre la torture et Comité des travailleurs migrants.

[114] Rapport de la troisième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (A/59/254, annexe, par. 18). Voir aussi le rapport de la quatrième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (A/60/278, annexe, par. 14).

[115] A/60/278, annexe, par. 14 et 35 (VI).

[116] Lors de la réunion du 8 juin, M. George Korontzis, secrétaire assistant principal de la Commission, a donné au groupe de travail des informations sur les travaux récents de la Commission sur le sujet des réserves.

[117] Au moment de la finalisation du présent rapport, le rapport de cette réunion (A/61/385, annexe), qui s'est tenue du 19 au 21 juin 2006, n'était pas disponible.

[118] Rapport de la réunion du groupe de travail sur les réserves (HRI/MC/2006/5), par. 16.

56. Au plan régional, l'Observatoire européen des réserves aux traités internationaux institué à la fin des années 1990 par le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe[119] continue de promouvoir et de favoriser une approche et des réactions communes des États membres du Conseil aux réserves formulées aux conventions conclues dans le cadre du Conseil et en dehors de cette institution. Conformément à la décision prise en 2002[120], le Conseil de l'Europe s'est engagé dans une véritable action commune sur la base d'une liste de réserves problématiques aux traités relatifs à la lutte contre le terrorisme établie par l'Observatoire: le Comité des ministres au niveau des délégués a invité les États membres à envisager le retrait de leurs réserves éventuellement problématiques et a chargé le secrétaire général de notifier aux États non membres les conclusions auxquelles est parvenu le CAHDI concernant leurs réserves. De surcroît, le Comité des ministres a encouragé les États membres à «se porter volontaires pour contacter les États non membres concernés au sujet de leurs réserves respectives[121]». À la suite de ces notifications, il est intéressant de noter qu'un véritable dialogue s'instaure entre les États réservataires et les autorités du Conseil. Ainsi, la Fédération de Russie a répondu à la notification du secrétaire général en 2005 en fournissant des explications concernant sa réserve à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme; le CAHDI a, en conséquence, retiré cette réserve de la liste des réserves problématiques[122]. Les États non membres du Conseil se montrent également sensibles aux démarches entreprises par les autorités du Conseil et fournissent des explications et clarifications concernant leurs réserves aux instruments relatifs à la lutte contre le terrorisme qui ont été jugées problématiques[123].

### E. Plan du onzième rapport

57. Sous réserve d'une annexe dans laquelle la définition de l'objet et du but du traité sera réexaminée à la lumière des discussions sur le dixième rapport lors de la cinquante-septième session en 2005 (voir *supra* le paragraphe 28), le présent rapport est entièrement consacré aux questions de procédure afin de mener à son terme l'examen de la partie III du «Schéma général provisoire de l'étude» présenté par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport[124] et adopté par la Commission en 1996[125]. Il débute par l'examen des questions liées à la formulation des objections qui avaient déjà fait l'objet de quelques développements dans les huitième et neuvième rapports sur les réserves aux traités[126]. Ensuite, la question de la formulation des acceptations[127] et la question des réactions aux déclarations interprétatives seront examinées.

[119] Voir le troisième rapport sur les réserves aux traités, *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/491 et Add.1 à 6, p. 234 et 235, par. 28 et 29, et le rapport du Groupe de spécialistes sur les réserves aux traités internationaux, document DI-S-RIT (98) 10.

[120] *Annuaire… 2003* (voir *supra* la note 3), p. 38, par. 23.

[121] Conseil de l'Europe, Comité des ministres, 904e réunion des délégués des ministres, CM(2004)174, par. 4; voir aussi la décision du 2 novembre 2005, ibid., 944e réunion, CM(2005)148, par. 3.

[122] Voir CAHDI, 29e réunion, Strasbourg, 17 et 18 mars 2005, Rapport de réunion, document CAHDI (2005) 8 du Conseil de l'Europe, par. 84 et 85 (consultable à l'adresse suivante: www.coe.int/cahdi).

[123] Tel est le cas de la Malaisie, qui a fourni des informations et éclaircissements concernant sa déclaration à la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (CAHDI, 30e réunion, Strasbourg, 19 et 20 septembre 2005, Rapport de réunion, document CAHDI (2005) 19, par. 42 et 43).

[124] *Annuaire… 1996* (voir *supra* la note 7).

[125] Voir *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), p. 52 et 53, par. 116 à 123. Voir aussi le septième rapport sur le droit des traités, *Annuaire… 2002* (voir *supra* la note 2), p. 9, par. 18.

[126] *Annuaire… 2003* (voir *supra* la note 3), p. 45, et *Annuaire… 2004* (voir *supra* la note 13), par. 1 à 29.

[127] Après mûre réflexion, le Rapporteur spécial considère qu'il n'est pas possible de discuter du «dialogue réservataire» avant d'avoir examiné la question des effets des réserves, des acceptations des réserves et des objections aux réserves.

## Formulation et retrait des acceptations et des objections

### A. Formulation et retrait des acceptations et des objections

58. Lors de sa cinquante-septième session, en 2005, la Commission a adopté le projet de directive 2.6.1 relatif à la définition de l'objection. Ce projet de directive est libellé ainsi:

**2.6.1** *Définition des objections aux réserves*

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[128].

59. Cette définition – qu'il pourrait être préférable d'inclure dans la première partie du Guide de la pratique lors de la seconde lecture de celui-ci – est délibérément incomplète[129] en ce que, d'une part, contrairement à la définition de la réserve[130], elle ne mentionne pas le moment où une objection peut intervenir et, d'autre part, elle ne précise pas les catégories d'États ou d'organisations internationales pouvant formuler une objection. Il s'agit là d'éléments importants pour apprécier l'étendue de la faculté de faire des objections (sect. 1 *infra*). Cette étude devra en outre être complétée par des précisions sur la procédure à suivre pour leur formulation (sect. 2 *infra*) et sur les conditions et les effets de leur retrait ou de leur modification (sect. 3 *infra*).

#### 1. Faculté de faire des objections

60. Il est aujourd'hui acquis qu'un État ou une organisation internationale peut faire une objection à une réserve

[128] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 78, par. 438.

[129] Voir le commentaire de ce projet de directive 2.6.1, ibid., p. 78, par. 4, 6 et 7.

[130] Voir le projet de directive 1.1, *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 67, par. 367.

formulée par un autre État ou une autre organisation internationale et ce indépendamment de la question de la validité de cette réserve[131]. Toutefois, bien que cette faculté soit extrêmement étendue (voir *infra* les paragraphes 63 et 66), elle n'est pas illimitée et il semble dès lors préférable de parler de «faculté» que de «droit[132]». En revanche, alors que les réserves ne sont que «formulées» par leurs auteurs du fait qu'elles ne déploient leurs effets que si les autres États ou organisations internationales intéressés y ont consenti sous une forme ou une autre[133], tel n'est pas le cas s'agissant des objections qui sont «faites» du seul fait de leur formulation unilatérale par leur auteur, du moins lorsque celui-ci est partie au traité[134].

61. Les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969 ne laissent aucun doute sur le caractère discrétionnaire de la formulation des objections même s'ils ne sont guère éclairants pour ce qui est de savoir qui peut procéder à cette formulation.

62. Adopté à la suite d'âpres discussions au sein de la Commission[135], le projet d'article 20, paragraphe 2 *b*, adopté en première lecture par la Commission en 1962, établissait un lien entre l'objection et l'incompatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité qui semblait constituer la condition *sine qua non* de la validité de l'une comme de l'autre[136]. À la suite des commentaires des Gouvernements australien, danois et américain[137], le Rapporteur spécial est cependant revenu sur la position prise par la Commission en première lecture et a supprimé la référence au critère de compatibilité dans son projet d'article 19, paragraphe 3 *b*[138]. La position contraire a cependant de nouveau été soutenue par Sir Humphrey Waldock lors des débats de la Commission[139], mais cela n'a pas empêché le Comité de rédaction de supprimer à nouveau la référence au critère de compatibilité – sans pour autant fournir d'explications à ce sujet[140]. Conformément à sa position, le paragraphe 4 *b* du projet d'article 19, adopté en seconde lecture en 1965, se bornait à prévoir que «[l]'objection faite à une réserve par un autre État contractant empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'État qui a formulé l'objection et l'État auteur de la réserve, à moins que l'intention contraire n'ait été exprimée par l'État qui a formulé l'objection[141]». Malgré les doutes exprimés par plusieurs délégations[142], la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités n'est pas revenue sur cette déconnexion entre l'objection et les critères de validité d'une réserve. En réponse à une question posée par le Canada, l'expert-conseil, Sir Humphrey Waldock, s'est, au contraire, montré particulièrement clair en faveur de la solution retenue par la Commission:

> La deuxième question est la suivante: si une réserve n'est pas expressément autorisée, mais n'est pas non plus de celles qu'interdit l'alinéa *c* de l'article 16, un État contractant aura-t-il le droit de formuler une objection qui ne soit pas fondée sur l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité? La réponse est certainement affirmative. Chaque État contractant reste *entièrement libre** de décider par lui-même, selon ses propres intérêts, s'il acceptera ou non la réserve[143].

63. Sur ce point, le régime de Vienne s'écarte de la solution retenue par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif de 1951[144] qui, à cet égard, est certainement dépassée et ne correspond plus au droit positif

---

[131] Tout au long du présent rapport, le Rapporteur spécial laisse de côté l'incidence que pourrait avoir la non-validité de la réserve sur les effets de son acceptation ou de l'objection qui est faite à son encontre. Il se propose d'étudier cette question lorsque seront abordés les effets des acceptations et des objections.

[132] Dans le même sens en ce qui concerne les réserves, voir la présentation du projet de directive 3.1 dans le dixième rapport sur les réserves aux traités [*Annuaire… 2005* (note 66 *supra*), p. 154 et 155, par. 12]. Dans son premier rapport sur le droit des traités, Sir Humphrey Waldock évoquait cependant «le droit [de tout État] de faire objection» (*Annuaire… 1962*, vol. II, document A/CN.4/144 et Add.1, p. 70). À la suite de longs débats au sein de la Commission concernant la question du lien entre l'objection et la compatibilité entre la réserve et l'objet et le but du traité (ibid., vol. I, 651e à 654e séance et 656e séance, p. 155 à 187, et p. 192 à 199; voir aussi *infra* le paragraphe 62), cette exigence, qui figurait dans le projet d'article 19, par. 1 *a*, du Rapporteur spécial, disparut cependant complètement dans le texte du projet d'article 18 proposé par le Comité de rédaction qui fusionnait les projets d'articles 18 et 19. Le Rapporteur spécial a remarqué à cet égard que ses deux projets «ont été fortement condensés et abrégés sans que rien d'essentiel ait été omis» (ibid., 663e séance, p. 248, par. 36). Ni durant les débats, ni dans les textes ultérieurs soumis à la Commission ou adoptés par elle, la question du «droit» de faire des objections n'a été reprise.

[133] Voir *Annuaire… 2005* (note 66 *supra*), p. 155, par. 14.

[134] Il en va peut-être différemment dans deux hypothèses: celle où le traité lui-même n'est pas encore entré en vigueur, ce qui va de soi, et celle, examinée ci-après (par. 83), où l'État ou l'organisation internationale objectant a vocation à devenir partie mais n'a pas encore exprimé son consentement définitif à être lié.

[135] La question du rôle du critère de la compatibilité avec le but et l'objet du traité a pris une place très importante lors des premières discussions concernant les réserves (*Annuaire… 1962*, vol. I, 651e à 654e séance et 656e séance, p. 155 à 187, et p. 192 à 199). L'un des principaux défenseurs du lien entre ce critère et les réactions à la réserve était M. Rosenne, qui se fondait sur l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice (voir *infra* la note 144) [ibid., 651e séance, p. 162, par. 79].

[136] Cette disposition prévoyait: «L'objection faite à une réserve par un État qui la considère incompatible avec l'objet et le but du traité empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'État qui fait objection et l'État qui a formulé la réserve, sauf intention contraire exprimée par l'État qui fait objection» (*Annuaire… 1962*, vol. II, document A/5209, p. 194).

[137] Voir le quatrième rapport sur le droit des traités, *Annuaire… 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 47 à 50.

[138] Ibid., p. 55, par. 10.

[139] Ibid., vol. I, 799e séance, p. 185, par. 65. Voir aussi M. Tsuruoka, ibid., p. 186, par. 69. *Contra* M. Tounkine, ibid., p. 183, par. 37.

[140] Ibid., 813e séance, p. 289 à 292, par. 30 à 71, et particulièrement par. 57 à 66.

[141] Ibid., vol. II, document A/6009, p. 174.

[142] Voir notamment l'amendement des États-Unis [*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969* (A/CONF.39/11/Add.2, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), document A/CONF.39/14, p. 147, par. 179 v *d*)] et les commentaires du délégué de ce pays [ibid., *première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968. Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), 21e séance, p. 118, par. 11]. Mais voir aussi les critiques de l'Australie (ibid., 22e séance, par. 49), du Japon (ibid., 21e séance, par. 29), des Philippines (ibid., par. 58), du Royaume-Uni (ibid., par. 74), de la Suisse (ibid., par. 41) et de la Suède (ibid., 22e séance, par. 32).

[143] Ibid., 25e séance, par. 3.

[144] La Cour a en effet considéré que «c'est la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention qui doit fournir le critère de l'attitude de l'État qui joint une réserve à son adhésion et de l'État qui estime devoir y faire objection. Telle est la norme de conduite qui doit guider chaque État dans l'appréciation qu'il lui appartient de faire individuellement et pour son propre compte de la régularité d'une réserve» [*C.I.J. Recueil 1951* (note 101 *supra*), p. 24]. Voir aussi Coccia, «Reservations to multilateral treaties on human rights», p. 8 et 9; Edwards, Jr., «Reservations to treaties», p. 397; Lijnzaad, *Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, p. 51; et Zemanek, «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», p. 333.

actuel[145]. Un État ou une organisation internationale est en droit de formuler une objection aussi bien à une réserve qui ne satisfait pas les critères de validité qu'à une réserve qu'il juge inacceptable «selon ses propres intérêts» (par. 62 *supra*), bien qu'elle soit valide. En d'autres termes, les États et les organisations internationales sont libres de faire des objections pour une raison quelconque, qui peut tenir à la non-validité de la réserve mais aussi à n'importe quel autre motif[146].

64. Cette solution s'impose en vertu du principe du consensualisme qui imprègne le régime des réserves comme tout le droit des traités, ainsi que la Cour l'a rappelé dans son avis consultatif de 1951:

> Il est bien établi qu'un État ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement et qu'en conséquence aucune réserve ne lui est opposable tant qu'il n'a pas donné son assentiment[147].

65. Un État (ou une organisation internationale) n'est donc jamais lié par des obligations conventionnelles[148] qui ne lui conviennent pas. L'État qui formule une réserve ne fait que proposer une modification des relations conventionnelles envisagées par le traité[149]. Aucun État n'est cependant obligé d'accepter de telles modifications – en dehors de celles résultant de réserves expressément autorisées par le traité, quand bien même elles ne contredisent pas l'objet et le but du traité[150]. Limiter le droit de faire des objections aux réserves qui sont contraires à l'un des critères de validité de l'article 19 ne constituerait pas seulement une violation du droit souverain d'accepter ou de refuser des obligations conventionnelles[151], mais, de surcroît, reviendrait à établir un véritable droit de faire des réserves, droit qui n'existe certainement pas et serait contraire au principe même de l'égalité souveraine des États puisqu'il reviendrait à permettre à l'État (ou à l'organisation internationale) réservataire d'imposer unilatéralement sa volonté aux autres parties contractantes[152]. Cela reviendrait en réalité à réduire le mécanisme des acceptations et des objections à néant[153].

66. L'existence du droit discrétionnaire des États et des organisations internationales de faire des objections aux réserves semble donc indiscutable et doit sans aucun doute être constaté dans un projet de directive qui souligne qu'un État ou une organisation internationale n'a pas seulement le droit de faire une objection à une réserve, mais, de surcroît, qu'il peut exercer ce droit d'une manière discrétionnaire, c'est-à-dire qu'il peut faire une objection pour n'importe quel motif, fût-il simplement politique et d'opportunité, sans être tenu de préciser sa motivation (sur ce point, voir cependant *infra* les paragraphes 105 à 111).

67. Au demeurant, «discrétionnaire» ne signifie pas «arbitraire[154]» et, bien que ce droit relève sans aucun doute du pouvoir d'appréciation, il n'est pas absolu pour autant. Il doit notamment s'exercer dans les limites résultant des contraintes procédurales et formelles telles qu'elles sont développées et précisées dans les développements suivants du présent rapport. Ainsi, par exemple, il convient de souligner d'ores et déjà qu'un État ou une organisation internationale qui a accepté une réserve perd son droit de formuler, postérieurement, une objection à la même réserve. Cela découle implicitement de la présomption d'acceptation des réserves posée à l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, présomption qui sera examinée plus en détail ci-après lors de l'examen de la procédure relative aux acceptations (voir *supra* le paragraphe 57).

«2.6.3 *Faculté de faire des objections*

«Un État ou une organisation internationale peut formuler une objection à une réserve pour quelque motif que ce soit, conformément aux dispositions du présent Guide de la pratique.»

68. Cette faculté de faire des objections pour n'importe quel motif englobe également celle de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre l'État ou l'organisation internationale réservataire d'une part et l'auteur de l'objection d'autre part, dont la possibilité découle de l'article 20, paragraphe 4 *b*, et de l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, qui en établissent les effets.

69. La gestation de ces dispositions, et notamment de l'article 20, paragraphe 4 *b*, de la Convention de Vienne de 1969, a été difficile. En effet, les premiers rapporteurs spéciaux de la Commission, fermes partisans du système de l'unanimité, ne s'intéressaient guère aux objections, dont les effets étaient, à leurs yeux, purement mécaniques (voir *infra* le paragraphe 88): il leur semblait relever de l'évidence qu'une objection empêche l'État réservataire

---

[145] Il est d'ailleurs douteux qu'elle traduisît l'état du droit positif en 1951. Nul ne semble jamais avoir prétendu que la faculté de formuler des objections dans le cadre du système de l'unanimité était subordonnée à la contrariété de la réserve avec l'objet et le but du traité.

[146] Sous la seule réserve, cela va de soi, des principes généraux de droit qui peuvent limiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire des États au plan international comme du principe de la prohibition de l'abus de droit.

[147] *C.I.J. Recueil 1951* (note 101 *supra*), p. 21. Les juges dissidents ont également souligné ce principe dans leur opinion collective: «Le consentement des parties forme la base des obligations conventionnelles. Le droit régissant les réserves constitue seulement un cas particulier de ce principe fondamental, que l'accord des parties sur la réserve intervienne avant qu'elle soit énoncée, en même temps ou plus tard» (ibid., p. 32). Voir aussi le *dictum* célèbre de la Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire du* «Lotus»: «Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas» (*Affaire du* «Lotus», arrêt n° 9, 1927, *C.P.J.I. série A, n° 10*, p. 18). Voir aussi *Annuaire… 1996* (note 7 *supra*), p. 60, par. 97 et 99.

[148] Cela ne signifie évidemment pas que les États ne sont pas liés par des obligations juridiques découlant d'autres sources.

[149] Voir *Annuaire… 2005* (note 66 *supra*), par. 14.

[150] Voir Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 121; et 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», p. 466.

[151] Voir Tomuschat, loc. cit.

[152] Voir, à cet égard, le neuvième des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, adopté par la Commission lors de sa cinquante-huitième session, *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), par. 176.

[153] Voir Müller, «Article 20», p. 837, par. 74. Voir aussi l'intervention de M. Pal à la Commission (*Annuaire… 1962*, vol. I, 653e séance, p. 172, par. 5).

[154] Voir notamment Jovanović, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*.

de devenir partie au traité[155]. Malgré son ralliement au système souple, Sir Humphrey Waldock adhérait encore à cette façon de voir en 1962 comme le montre le projet d'article 19, paragraphe 4 *c*, présenté dans son premier rapport sur le droit des traités: «l'objection empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'État qui fait objection et l'État qui a formulé la réserve[156] […]».

70. Les membres de la Commission[157], y compris le Rapporteur spécial[158], ont cependant été enclins à abandonner cette approche catégorique en faveur d'une simple présomption afin d'aligner davantage la rédaction de cette disposition sur l'avis consultatif de 1951 de la Cour internationale de Justice, dans lequel elle considérait ceci:

> Comme […] aucun État ne peut être lié par une réserve à laquelle il n'a pas consenti, il en résulte nécessairement qu'en fait chaque État qui fait objection à une réserve, s'inspirant de son appréciation personnelle de celle-ci dans les limites du critère de l'objet et du but énoncé ci-dessus, peut ou non considérer l'État qui a formulé la réserve comme partie à la Convention[159].

71. S'alignant à la lettre sur cette position, les membres de la Commission, en même temps qu'ils introduisaient une simple présomption en faveur de la non-entrée en vigueur du traité entre l'État réservataire et l'État auteur de l'objection, ont limité la possibilité de s'opposer à l'entrée en vigueur aux cas où la réserve est contraire au but et à l'objet du traité[160]. Le projet d'article 20, paragraphe 2 *b*, adopté en première lecture disposait en conséquence:

> [L]'objection faite à une réserve par un État qui la considère comme incompatible avec l'objet et le but du traité empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'État qui fait objection et l'État qui a formulé la réserve, sauf intention contraire exprimée par l'État qui fait objection[161].

72. Avec la déconnexion entre la possibilité de faire une objection et le critère de la compatibilité avec le but et l'objet du traité[162], la faculté pour l'État auteur d'une objection de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité dans ses rapports avec l'État auteur de la réserve devient inconditionnelle. L'État auteur de l'objection peut donc exclure toute relation conventionnelle entre lui-même et l'État auteur de la réserve pour n'importe quel motif. Dans la rédaction finalement retenue par la Commission, cet effet était même automatique: l'objection (faite pour quelque motif que ce soit) empêchait le traité d'entrer en vigueur, sauf si l'État exprimait son intention contraire[163]. Le sens de cette présomption a été inversé, non sans de vifs débats, lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités en faveur de l'entrée en vigueur du traité entre l'État auteur de l'objection et l'État réservataire[164].

73. Aussi critiquable que cette nouvelle approche puisse paraître, il n'en reste pas moins que l'État auteur de l'objection reste libre de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité dans ses relations avec l'État auteur de la réserve. Le renversement de la présomption nécessite simplement une déclaration expresse dans ce sens de la part de l'État auteur de l'objection, qui reste néanmoins totalement libre quant aux motifs qui le poussent à faire une telle déclaration.

74. Dans la pratique étatique, les États se montrent curieusement soucieux de déclarer expressément que leurs objections *n'*empêchent *pas* le traité d'entrer en vigueur vis-à-vis de l'État réservataire, alors que, en application de la présomption de l'article 20, paragraphe 4 *b*, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, cette solution s'impose d'elle-même. Cette pratique n'est d'ailleurs aucunement liée à la motivation de l'objection puisque les États font des objections à effet minimum (tout en précisant expressément que le traité entre en vigueur dans leurs relations avec l'État réservataire) même à des réserves qu'ils considèrent comme incompatibles avec le but et l'objet du traité[165]. On peut néanmoins trouver des

---

[155] Voir Reuter, *Introduction au droit des traités*, p. 75, par. 132.

[156] *Annuaire… 1962*, vol. II, p. 71.

[157] Voir notamment MM. Tounkine (*Annuaire… 1962*, vol. I, 653e séance, p. 174, par. 26, et 654e séance, p. 181, par. 11), Rosenne (ibid., 653e séance, p. 175, par. 30), Jiménez de Aréchaga (ibid., p. 177, par. 48), de Luna (ibid., p. 179, par. 66) et Yasseen (ibid., 654e séance, p. 180, par. 6).

[158] Ibid., p. 181 et 182, par. 17 et 20.

[159] *C.I.J. Recueil 1951* (voir *supra* la note 101), p. 26.

[160] Voir *supra* le paragraphe 62 et la note 135.

[161] *Annuaire… 1962* (voir *supra* la note 136), p. 194. Voir aussi p. 200, par. 23 du commentaire de l'article 20.

[162] Voir sur ce point *supra* les explications figurant au paragraphe 62.

[163] Le projet d'article 17, par. 4 *b*, adopté en seconde lecture disposait: «L'objection faite à une réserve par un autre État contractant empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'État qui a formulé l'objection et l'État auteur de la réserve, à moins que l'intention contraire n'ait été exprimée par l'État qui a formulé l'objection» (*Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 221).

[164] La question avait déjà été soulevée lors de la discussion des projets d'article adoptés en première lecture par les membres de la CDI et par les délégations tchécoslovaque et roumaine au sein de la Sixième Commission [Sir Humphrey Waldock, quatrième rapport (*Annuaire… 1965*, vol. II), p. 51]. L'idée du renversement de la présomption avait été défendue par certains membres de la Commission [M. Tounkine (ibid., vol. I, 799e séance, p. 183, par. 39) et M. Lachs (ibid., 813e séance, p. 292, par. 62)]. Néanmoins, les propositions tchécoslovaque [A/CONF.39/C.1/L.85, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités* (note 142 *supra*), p. 147], syrienne (A/CONF.39/C.1/L.94, ibid.) et soviétique (A/CONF.39/C.1/L.115, ibid, p. 144) en ce sens ont été rejetées par la Conférence en 1968 (ibid., p. 148, par. 182 *j*, et ibid., *première session*, 25e séance, p. 147, par. 35 et suiv.). C'est seulement en 1969 qu'un nouvel amendement soviétique en ce sens (A/CONF.39/L.3, ibid., *première et deuxième sessions*, p. 285 et 286) fut finalement adopté par 49 voix contre 21, avec 30 abstentions [ibid., *deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969. Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.6), 10e séance plénière, p. 37, par. 79].

[165] Voir les objections de la Belgique aux réserves égyptienne et cambodgienne à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [Nations Unies, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général (état au 31 décembre 2005)*, vol. I (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.06.V.2), chap. III.3 (consultable à l'adresse suivante: http://treaties.un.org/)] et celles de l'Allemagne à plusieurs réserves concernant la même Convention (ibid.). Il est cependant intéressant de noter qu'alors que l'Allemagne considère toutes les réserves en question comme étant «incompatible[s] avec la lettre et l'esprit de la Convention», elle a déclaré pour certaines des objections seulement que ces dernières n'empêchent pas l'entrée en vigueur du traité entre l'Allemagne et les États réservataires, sans pour autant prendre position sur les autres cas. De nombreux exemples peuvent être trouvés dans les objections aux réserves formulées au Pacte international relatif aux droits civils et politiques: notamment les objections faites à la réserve des États-Unis à l'article 6 du Pacte par la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal et la Suède (ibid., chap. IV.4). Tous ces États ont considéré la réserve comme incompatible avec l'objet et le but du Pacte, mais ne se sont néanmoins pas opposés à son entrée en vigueur dans leurs relations avec les États-Unis. Seule l'Allemagne a gardé le silence sur la question de l'entrée en vigueur du Pacte nonobstant son objection à la réserve (ibid.). Le phénomène n'est cependant pas limité aux traités des

*(Suite de la note page suivante.)*

exemples d'objections par lesquelles les États déclarent explicitement que leur objection empêche le traité d'entrer en vigueur dans leurs relations avec l'État réservataire[166]. Même si ces cas sont rares[167], ils montrent que les États peuvent faire de telles objections comme bon leur semble, et qu'ils le font.

75. Il s'ensuit que la faculté de faire une objection pour quelque motif que ce soit implique également que l'État ou l'organisation internationale objectant peut librement s'opposer à l'entrée en vigueur du traité dans les relations avec l'État ou l'organisation réservataire. L'auteur de l'objection reste donc entièrement libre de moduler les effets de l'objection à sa guise et sans qu'il doive justifier sa décision. Il paraît utile de le dire clairement dans un projet de directive 2.6.4 libellé comme suit:

«2.6.4 *Faculté de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité vis-à-vis de l'auteur de la réserve*

«Un État ou une organisation internationale auteur d'une objection à une réserve peut s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve pour quelque motif que ce soit conformément aux dispositions du présent Guide de la pratique.»

76. Le projet de directive 2.6.1 relatif à la définition des objections ne répond en effet pas à la question de savoir quels sont les États ou les organisations internationales ayant la faculté de faire une objection à une réserve formulée par un autre État ou une autre organisation internationale que la Commission a expressément réservée lorsqu'elle a adopté ce projet (voir *supra* le paragraphe 59).

77. Les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 comportent, pour leur part, des indications à ce sujet. L'article 20, paragraphe 4 *b*, de la Convention de 1986 vise l'«objection faite à une réserve par un État contractant ou par une organisation contractante». Il n'est cependant pas évident qu'il faille déduire de ce membre de phrase que seuls les États et les organisations contractants au sens de l'article 2, paragraphe 1 *f*, sont habilités à formuler des objections[168]. Le paragraphe 4 *b* de l'article 20 détermine simplement les effets éventuels d'une objection faite par un État contractant ou par une organisation contractante; mais le fait que le paragraphe 4 ne précise pas les effets des objections formulées par des États autres que les États contractants ou des organisations autres que les organisations contractantes n'implique pas nécessairement que ces autres États ou organisations ne peuvent pas formuler des objections[169]. En réalité, il peut être prudent pour des États ou des organisations internationales qui ont vocation à devenir parties mais n'ont pas encore exprimé leur consentement définitif à être liés de manifester leur opposition à une réserve. Ces objections «préventives» ne produiront les effets envisagés par les articles 20 et 21 qu'une fois leur auteur devenu un État contractant ou une organisation contractante[170].

78. La limitation des auteurs possibles d'une objection qui pourrait paraître résulter de l'article 20, paragraphe 4 *b*, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 n'est d'ailleurs pas reprise par l'article 21, paragraphe 3, relatif aux effets de l'objection sur l'application du traité dans les cas où l'auteur de l'objection ne s'est pas opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'État réservataire. Surtout, comme l'article 23, paragraphe 1, de la Convention de 1969 l'indique clairement, les réserves, ainsi que les acceptations expresses et les objections, sont communiquées non seulement aux États contractants mais également «aux autres États ayant qualité pour devenir parties au traité». Une telle notification n'a de sens que si ces autres États peuvent effectivement réagir à la réserve, par le biais d'une acceptation expresse ou d'une objection. La question des effets concrets de ces réactions est une question distincte.

79. Le projet d'article 19 proposé par Sir Humphrey Waldock dans son premier rapport sur le droit des traités et entièrement consacré aux objections et à leurs effets prévoyait d'ailleurs que «tout État qui est partie à un traité, *ou est en droit de le devenir**, a le droit de faire objection[171]».

80. La pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux à l'égard des objections formulées par des États non contractants ou non signataires reste d'ailleurs ambiguë à cet égard. De telles objections font en effet l'objet de «communications» et, sous le

*(Suite de la note 165.)*

droits de l'homme: voir les objections de l'Allemagne, de l'Autriche, de la France et de l'Italie à l'encontre de la réserve du Viet Nam à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (ibid., chap. IV.19) et les objections des États membres du Conseil de l'Europe aux réserves à la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (ibid., vol. II, chap. XVIII.9) et à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (ibid., chap. XVIII.11).

[166] Voir, par exemple, les objections de la Chine et des Pays-Bas aux réserves des États socialistes à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide [Nations Unies, *Traités multilatéraux…* (note 165 *supra*), vol. I, chap. IV.1], les objections israélienne, italienne et britannique à la réserve formulée par le Burundi à la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (ibid., vol. II, chap. XVIII.7), les objections de la France et de l'Italie à l'égard de la réserve des États-Unis à l'Accord relatif aux transports internationaux de denrées périssables et aux engins spéciaux à utiliser pour ces transports (ATP) (ibid., vol. I, chap. XI.B.22) et les objections du Royaume-Uni aux réserves syrienne et vietnamienne et les objections de la Nouvelle-Zélande à la réserve syrienne formulées à la Convention de Vienne de 1969 (ibid., vol. II, chap. XXIII.1).

[167] Cela ne veut pas dire que les réserves à effet maximum assorties de la déclaration prévue à l'article 20, paragraphe 4 *b*, sont un type d'objection en voie de disparition, comme le suggère Riquelme Cortado (*Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, p. 283). Il a été soutenu que le sens de la présomption retenue lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (en faveur de l'entrée en vigueur du traité) et des considérations politiques peuvent expliquer le recours hésitant des États aux objections à effet maximum (voir Redgwell, «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», p. 267). Voir cependant les explications fournies par les États à la question posée par la Commission à ce sujet, par. 33 à 38 *supra*, et particulièrement par. 37.

[168] Cette position semble être défendue par Clark, «The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women», p. 297.

[169] En ce sens, voir Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, p. 150.

[170] Dans son avis consultatif de 1951, la Cour internationale de Justice a considéré qu'«une objection à une réserve faite par un État qui a le droit de signer ou d'adhérer mais qui ne l'a pas encore fait ne produit aucun effet juridique» [*C.I.J. Recueil 1951*, (voir *supra* la note 101), p. 30]. Cela n'implique cependant aucunement que ces États ne peuvent pas formuler d'objections.

[171] *Annuaire… 1962*, vol. II, p. 70.

prétexte qu'elles ne produisent pas d'effet juridique, elles ne sont ni enregistrées conformément à l'Article 102 de la Charte des Nations Unies, ni publiées dans le *Recueil des Traités*[172]. La raison en est que, sauf dans certains cas spécifiques[173], une objection formulée par un État signataire ne produit pas d'effet aussi longtemps que l'État ayant formulé l'objection ne devient pas partie au traité en cause. La pratique du Secrétaire général demeure donc peu éclairante au sujet de la faculté de formuler des objections, car dire qu'une objection ne produit pas d'effet ne signifie pas qu'elle ne peut pas être formulée.

81. La faculté de faire des objections n'est donc pas limitée aux États ou aux organisations internationales contractants. Cela ne veut cependant pas non plus dire que tout État ou toute organisation internationale peut faire une objection. Il n'y a évidemment aucune raison qu'un État ou une organisation internationale qui n'a pas vocation à devenir partie à un traité puisse s'exprimer sur les réserves; une telle objection n'aurait dans ce cas précis aucun effet, même potentiel.

82. La combinaison de ces considérations suggère que seuls les États et organisations qui sont parties contractantes ou qui ont «qualité pour devenir parties au traité» peuvent faire objection aux réserves formulées. Bien que cette limitation puisse sembler superflue pour les traités «ouverts» assortis de la clause «tout État», elle est nécessaire pour refléter la situation particulière des traités à participation restreinte, qu'ils soient ou non soumis à l'exigence de l'unanimité en vertu de l'article 20, paragraphe 2, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

83. Il convient cependant de remarquer que, alors que les objections formulées par les parties au traité sont «faites» dès leur formulation, en ce sens qu'elles produisent immédiatement leurs effets (voir *supra* le paragraphe 60), on pourrait se demander si celles qui émanent d'États ou d'organisations internationales qui ne sont pas parties peuvent être tenues pour «faites», alors qu'elles n'auront d'effets concrets qu'une fois le traité entré en vigueur à leur égard. De l'avis du Rapporteur spécial, cette nuance devrait se traduire par l'utilisation du mot «formulée» plutôt que «faite» dans le projet de directive 2.6.5, qui pourrait être adopté afin de clarifier les projets de directives 2.6.1 et 2.6.2 sur ces points. Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de cette inflexion: dans cette hypothèse, contrairement à ce qui se produit s'agissant des réserves, les effets de l'objection ne sont pas subordonnés à une réaction spécifique de l'État réservataire ou d'une autre partie au traité.

84. En conséquence, le projet de directive 2.6.5 pourrait être rédigé de la manière suivante:

«2.6.5 *Auteur d'une objection*

«Une objection à une réserve peut être formulée par:

«*a*) tout État contractant ou toute organisation internationale contractante; et

«*b*) tout État ou toute organisation internationale ayant qualité pour devenir partie au traité.»

85. Bien que, selon la définition contenue dans le projet de directive 2.6.1, une objection soit une déclaration unilatérale[174], il est tout à fait possible que plusieurs États et/ou plusieurs organisations internationales formulent conjointement une objection. La pratique en la matière n'est pas très développée; elle n'est cependant pas inexistante[175]. Un exemple particulièrement frappant est constitué par les objections formulées en termes identiques par l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Communauté européenne aux déclarations similaires de la Bulgarie et de la République démocratique allemande à la Convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert de carnets TIR[176]. La Communauté européenne a d'ailleurs formulé certaines objections «[a]u nom de la Communauté économique européenne et de ses États membres[177]».

86. Du reste, techniquement, rien ne s'oppose à la formulation conjointe d'une objection, comme c'est également le cas pour les réserves[178]. Cela n'affecte cependant aucunement le caractère unilatéral de l'objection. Pour ces raisons, la Commission voudra sans doute adopter un projet de directive calqué sur le projet de directive analogue relatif à la formulation conjointe des réserves[179].

«2.6.6 *Formulation conjointe d'une objection*

«La formulation conjointe d'une objection par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette objection.»

---

[172] *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.15), document ST/LEG/7/Rev.1, par. 214.

[173] Voir l'article 20, paragraphe 2, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986: une objection empêche la condition d'acceptation unanime posée dans cette disposition d'être remplie.

[174] Voir aussi le commentaire du projet de directive 2.6.1 (Définition des objections aux réserves), *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), par. 438, par. 6 du commentaire.

[175] Dans le cadre des organisations régionales, et tout particulièrement au sein du Conseil de l'Europe, les États s'efforcent de coordonner et d'harmoniser leurs réactions et leurs objections aux réserves. Bien que les États membres continuent de formuler individuellement leurs objections, ils se concertent non seulement quant à l'opportunité de faire des objections, mais également sur la formulation de celles-ci, notamment en ce qui concerne les objections aux réserves relatives aux conventions contre le terrorisme (voir *supra* le paragraphe 56); voir, par exemple, les objections de certains des États membres du Conseil de l'Europe à la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif [Nations Unies, *Traités multilatéraux*… (note 165 *supra*), vol. II, chap. XVIII.9] ou à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (ibid., chap. XVIII.11).

[176] Ibid., vol. I, chap. XI.A.16.

[177] Voir, par exemple, l'objection à la déclaration soviétique à la Convention sur le commerce du blé (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1455, no 24237, p. 286) et l'objection identique à la déclaration soviétique à l'Accord international sur les bois tropicaux (ibid., vol. 1404, no 23317, p. 426). Dans le même esprit, voir la pratique mise en œuvre depuis 2002 dans le cadre du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les réserves aux conventions relatives à la lutte contre le terrorisme (par. 56 *supra*).

[178] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 119), p. 249, par. 130 à 133.

[179] Projet de directive 1.1.7 (Réserves formulées conjointement): «La formulation conjointe d'une réserve par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette réserve» [ibid., vol. II (2e partie), p. 110]. Pour les commentaires de ce projet de directive, voir p. 110 à 112. Voir aussi le projet de directive 1.2.2 (Déclarations interprétatives formulées conjointement) et le commentaire y relatif [*Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), p. 112 et 113].

### 2. Procédure de formulation de l'objection

87. Les règles procédurales concernant la formulation des objections ne sont pas sensiblement différentes de celles applicables à la formulation des réserves. Telle est peut-être la raison pour laquelle la Commission a, apparemment, prêté peu d'attention à ces questions lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969.

88. Cette absence d'intérêt s'explique aisément en ce qui concerne les rapporteurs spéciaux partisans du système traditionnel de l'unanimité, c'est-à-dire MM. J. L. Brierly, H. Lauterpacht et G. G. Fitzmaurice[180]: alors que l'acceptation, qui est au centre du système traditionnel de l'unanimité, devait logiquement à leurs yeux faire l'objet d'un encadrement juridique, surtout en ce qui concerne son élément temporel, l'objection, qu'ils n'envisageaient que comme un refus d'acceptation empêchant l'unanimité de se réaliser et, par suite, l'État réservataire de devenir partie à l'instrument, ne leur paraissait pas mériter d'être considérée de manière spécifique.

89. Très logiquement, le premier rapport de Sir Humphrey Waldock sur le droit des traités, introduisant le système «souple» dans lequel les objections jouent un rôle sinon plus important, du moins plus ambigu, contenait un projet d'article entier sur les questions procédurales liées à la formulation des objections[181]. Malgré le caractère très détaillé de cette disposition, le rapport se contente de la commenter lapidairement en indiquant ceci: «Les dispositions du présent article reflètent pour la plupart celles [des articles sur la faculté de formuler des réserves et de les retirer (art. 17) et le consentement aux réserves et ses effets (art. 18)] et n'appellent donc pas d'autres explications[182].»

90. À la suite du remaniement profond des projets d'article concernant l'acceptation et l'objection initialement proposés par le Rapporteur spécial[183], seul le projet d'article 18, paragraphe 5, présenté par le Comité de rédaction en 1962 contient des remarques sur la forme et la notification de l'objection[184], disposition qui, selon l'avis de la Commission, «ne sembl[e] pas appeler de commentaire[185]». Ce désintérêt subsiste en 1965 lors de la seconde lecture du projet. Certes, les objections trouvent leur place dans le nouveau projet d'article 20 entièrement consacré aux questions de procédure, mais le Rapporteur spécial ne juge toujours pas opportun de commenter plus en avant ces dispositions[186].

91. La concordance entre les règles procédurales concernant la formulation, la notification et la communication des réserves, d'une part, et des objections, d'autre part, a été soulignée au cours des discussions au sein de la Commission et a finalement trouvé sa consécration dans l'article 23, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969 qui aligne la procédure de formulation des acceptations expresses et des objections sur celle des réserves. En 1965, M. Castrén a remarqué à juste titre ce qui suit:

> Le paragraphe 5 [du projet d'article 20, qui, considérablement raccourci et simplifié, est à l'origine de l'article 23, par. 1] énonce exactement les mêmes règles de procédure pour les objections à une réserve que pour la présentation et la notification des réserves en vertu du paragraphe 1. Il serait donc préférable de fondre ces deux paragraphes ou de dire simplement au paragraphe 5 que les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent aussi aux objections à une réserve[187].

92. Il semble donc judicieux de prendre simplement acte, dans le cadre du «Guide de la pratique», de ce parallélisme procédural entre la formulation des réserves et la formulation des objections. Il convient en particulier de noter que l'exigence d'un formalisme marqué qui résulte de ces similitudes entre la procédure de formulation des objections et celle des réserves est justifiée par les effets fort importants qu'une objection est

---

[180] Bien que les propositions *de lege ferenda* de M. Lauterpacht eussent envisagé les objections, le Rapporteur spécial n'a pas jugé nécessaire d'évoquer la procédure à suivre pour les formuler. Voir les projets de variantes à l'article 9, *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, p. 91 et 92. En français, voir document A/CN.4/63, p. 8 à 10.

[181] Ce projet d'article 19 disposait:

«2. *a*) L'objection à une réserve est faite par écrit par les soins de l'autorité compétente de l'État qui fait objection ou par un représentant dudit État à ce dûment habilité.

«*b*) L'objection est communiquée à l'État qui a formulé la réserve et à tous les autres États qui sont parties au traité ou sont en droit de le devenir, conformément à la procédure prescrite, le cas échéant, par le traité pour ces communications.

«*c*) Si le traité ne prescrit aucune procédure mais désigne un dépositaire des instruments relatifs au traité, l'objection est communiquée au dépositaire, qui doit:

«i) [e]n transmettre le texte à l'État qui a formulé la réserve et à tous les autres États qui sont parties au traité ou sont en droit de le devenir;

«ii) [a]ppeler l'attention de l'État qui a formulé la réserve et des autres États intéressés sur les dispositions du traité qui concernent les objections aux réserves.

«3. *a*) Dans le cas d'un traité plurilatéral ou multilatéral, l'objection à une réserve ne produit effet que si elle a été faite dans les douze mois qui suivent la date à laquelle la réserve a été formellement communiquée à l'État qui fait objection; toutefois, s'agissant d'un traité multilatéral, l'objection émanant d'un État qui n'était pas partie au traité au moment où la réserve a été communiquée produit néanmoins effet si elle est présentée ultérieurement au moment où l'État accomplit l'acte ou les actes qui lui permettent de devenir partie au traité.

«*b*) Dans le cas d'un traité plurilatéral, l'objection émanant d'un État qui n'est pas encore devenu effectivement ou virtuellement partie au traité:

«i) [c]esse d'avoir effet si l'État qui fait objection n'a pas lui-même, dans les douze mois qui suivent la date à laquelle l'objection a été faite, accompli un acte définitif de participation au traité;

«ii) [e]st sans effet si le traité est en vigueur et que quatre années se sont déjà écoulées depuis le moment où le texte de celui-ci a été adopté.»

(*Annuaire… 1962*, vol. II, p. 70 et 71.)

[182] Ibid., p. 78, par. 22 du commentaire relatif à l'article 19.

[183] La seule explication que l'on puisse trouver dans les travaux de la Commission à la fusion des projets d'article initialement proposés par Sir Humphrey Waldock se trouve dans sa présentation du rapport du Comité de rédaction lors de la 663e séance de la Commission (voir *supra* la note 132). À cette occasion, le Rapporteur spécial a déclaré que «le nouvel article 18 englobe à la fois l'acceptation des réserves et l'objection aux réserves; les deux anciens articles 18 et 19 ont été fortement condensés et abrégés sans que rien d'essentiel ait été omis» (*Annuaire… 1962*, vol. I, 663e séance, p. 248, par. 36).

[184] Ibid., 668e séance, p. 284, par. 30. Voir aussi le projet d'article 19, par. 5, adopté en première lecture, ibid., vol. II (voir *supra* la note 136), p. 194.

[185] Ibid., vol. II, p. 199, par. 18 du commentaire relatif à l'article 19.

[186] Voir *Annuaire… 1965* (voir *supra* la note 137), p. 56 et 57, par. 14, 15 et 19.

[187] Ibid., vol. I, 799e séance, p. 184, par. 53.

susceptible de produire aussi bien sur la réserve et son application que sur l'entrée en vigueur et l'application du traité lui-même[188].

93. Cet alignement ne peut cependant être complet. Il est clair en effet que certaines règles de procédure applicables à la formulation des réserves ne sont pas transposables à celle des objections. Tel est évidemment le cas en ce qui concerne le moment auquel une objection peut-être formulée; et la question de la confirmation d'une objection formulée d'une façon anticipée se pose à l'évidence dans des termes différents[189]. Au surplus, alors même que la forme écrite s'impose aussi bien à la formulation de la réserve qu'à celle de l'objection, il n'est sans doute pas inutile de le préciser expressément. Ces trois questions au moins doivent donc faire l'objet de projets de directive distincts.

94. En revanche, les règles applicables aux réserves en ce qui concerne l'autorité habilitée à les formuler au niveau international et les conséquences (ou plutôt l'absence de conséquences) de la violation des règles de droit interne lors de leur formulation, celles relatives à la notification et à la communication des réserves, ainsi que les fonctions exercées par le dépositaire en la matière, paraissent pouvoir être transposées *mutatis mutandis* à la formulation des objections. Plutôt que reproduire les projets de directives 2.1.3 (Formulation d'une réserve au plan international[190]), 2.1.4 (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves[191]), 2.1.5 (Communication des réserves[192]), 2.1.6 (Procédure de communication des réserves[193]) et 2.1.7 (Fonctions du dépositaire[194]) en remplaçant purement et simplement «réserve» par «objection» dans le texte de ces projets, il suffit, de l'avis du Rapporteur spécial, de faire un renvoi global à ces projets[195]:

---

[188] Voir l'article 20, paragraphe 4 *b*, et l'article 23, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

[189] Voir l'article 23, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

[190] «2.1.3 *Formulation d'une réserve au plan international*

«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*) [s]i 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*) [l]es chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;

«*b*) [l]es représentants accrédités par les États à une conférence internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette conférence;

«*c*) [l]es 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*) [l]es 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.»

[*Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 30, par. 103, et les commentaires p. 31 à 33.]

[191] «2.1.4 *Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves*

«1. 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.

«2. 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.»

(Ibid., p. 33.)

[192] «2.1.5 *Communication des réserves*

«1. 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.

«2. 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.»

(Ibid., p. 34 et 35.)

[193] «2.1.6 *Procédure de communication des réserves*

«1. À moins que le traité n'en dispose ou que les États et organisations contractants n'en conviennent autrement, une communication relative à une réserve à un traité est transmise:

«*a*) [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

«*b*) [s]'il y a un dépositaire, à ce dernier, qui en informe dans les meilleurs délais les États et organisations auxquels elle est destinée.

«2. 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.

«3. 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.

«4. 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.»

(Ibid., p. 39 et 40.)

Le paragraphe 3 de cette disposition pose problème en ce qu'il pose une règle relative au délai dans lequel une objection peut être faite; ce problème fait l'objet d'assez longs développements ci-après, par. 126 à 129.

[194] «2.1.7 *Fonctions du dépositaire*

«1. 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.

«2. 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*) [d]es États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes;

«*b*) [l]e cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause.»

(Ibid., p. 44.)

[195] La Commission a procédé de la même manière dans les projets de directives 1.5.2 (renvoi aux projets de directives 1.2 et 1.2.1), 2.4.3 (renvoi aux projets de directives 1.2.1, 2.4.6 et 2.4.7) et, plus clairement encore, 2.5.6 (renvoi aux projets de directives 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7) [*Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 69, 70 et 71].

«2.6.9 *Procédure de formulation des objections*

«Les projets de directives 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7 s'appliquent *mutatis mutandis* aux objections.»

a) *La forme de l'objection*

i) *La forme écrite*

95. En vertu de l'article 23, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1986, les objections «doivent être formulées par écrit et communiquées aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité».

96. Comme c'est le cas pour les réserves[196], l'exigence d'une forme écrite pour les objections n'a jamais été mise en doute ni lors des discussions au sein de la Commission, ni durant les Conférences des Nations Unies sur le droit des traités et a été présentée comme relevant de l'évidence. Ainsi, le premier rapport de Sir Humphrey Waldock, premier rapporteur spécial à avoir consacré des dispositions aux objections (voir aussi *supra* les paragraphes 87 à 89), prévoyait déjà, dans le paragraphe 2 *a* de son projet d'article 19 entièrement consacré à celles-ci, que l'«objection à une réserve est faite par écrit[197]», sans que cette exigence formelle ait fait l'objet de commentaires[198]. Bien que les dispositions procédurales aient été profondément remaniées par le Rapporteur spécial afin de tenir compte des observations de deux gouvernements suggérant de «simplifier quelque peu les dispositions de procédure[199]», l'exigence de l'écrit pour les objections a toujours été expressément retenue:

*a*) dans le paragraphe 5 de l'article 19 adopté en première lecture (1962): «Toute objection à une réserve est formulée par écrit et fait l'objet d'une notification[200]»;

*b*) dans le paragraphe 5 de l'article 20 proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport (1965): «Une objection à une réserve doit être consignée par écrit[201]»;

*c*) dans le paragraphe 1 de l'article 20 adopté en seconde lecture (1965): «La réserve, l'acceptation expresse d'une réserve et l'objection à une réserve doivent être formulées par écrit et communiquées aux autres États contractants[202]».

La forme écrite n'a pas non plus été remise en question lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Tout au contraire, tous les amendements proposés en ce qui concerne la disposition en cause ont retenu l'exigence de l'écrit[203].

97. La forme écrite des objections s'impose sans aucun doute. En effet, la notification, une autre exigence procédurale applicable aux objections (en vertu de l'article 23, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986), nécessite un document écrit; une simple communication orale ne peut être ni déposée ou enregistrée auprès du dépositaire du traité, ni communiquée aux autres États intéressés. Par ailleurs, des considérations de sécurité juridique justifient et appellent la forme écrite. Il ne faut en effet pas oublier que l'objection produit des effets juridiques importants sur l'opposabilité de la réserve, l'applicabilité des dispositions du traité entre l'État réservataire et l'État ayant formulé l'objection (art. 21, par. 3, des Conventions de Vienne) et l'entrée en vigueur du traité (art. 20, par. 4). De surcroît, l'objection renverse la présomption d'acceptation découlant de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions et l'écrit constitue un moyen de preuve important afin de déterminer si un État a effectivement exprimé une objection à une réserve dans le délai prescrit par cette disposition ou si, par défaut, il doit être considéré comme ayant accepté la réserve.

98. Il paraît donc nécessaire de reprendre, dans un projet de directive 2.6.7, qui serait le pendant du projet de directive 2.1.1 relatif à la forme écrite des réserves, les premiers mots de l'article 23, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986:

«2.6.7 *Forme écrite*

«Une objection doit être formulée par écrit.»

ii) *L'expression de l'intention de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité*

99. Comme cela a déjà été indiqué (voir *supra* les paragraphes 68 à 75), un État qui fait une objection à une réserve peut s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'État réservataire. Pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il, conformément à l'article 20, paragraphe 4 *b*, de la Convention de Vienne de 1986, que cette intention ait «été nettement exprimée par l'État ou par l'organisation qui a formulé l'objection».

100. À la suite du renversement de la présomption concernant les effets de l'objection sur l'entrée en vigueur du traité entre l'État réservataire et l'État auteur de l'objection (voir *supra* les paragraphes 69 à 72), il faut donc une déclaration claire et non équivoque afin que le traité n'entre pas en vigueur[204]. Tel est certainement le cas de l'objection des Pays-Bas aux réserves à l'article IX de

[196] Voir le projet de directive 2.1.1 (Forme écrite) et le commentaire y relatif, *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 28 à 30, par. 103.

[197] Voir *supra* la note 181.

[198] *Annuaire… 1962*, vol. II, p. 78, par. 22 du commentaire au projet d'article 19, qui se contente de renvoyer au commentaire du projet d'article 17 (ibid., p. 75, par. 11).

[199] *Annuaire… 1965*, vol. II, p. 56, par. 13. Il s'agit des Gouvernements suédois et danois (ibid., p. 48 et 49).

[200] *Annuaire… 1962*, vol. II, p. 194.

[201] *Annuaire… 1965*, vol. II, p. 56.

[202] Ibid., p. 175. Le projet d'article 20 de 1965 devint, dans le texte finalement adopté par la Commission en 1966, le projet d'article 18 sans subir de modification (*Annuaire… 1966*, vol. II, p. 226).

[203] Voir l'amendement espagnol (A/CONF.39/C.1/L.149): «La réserve, l'acceptation de la réserve et l'objection à la réserve doivent être formulées par écrit et être dûment communiquées par leur auteur aux autres États qui sont parties au traité ou qui ont qualité pour y devenir parties» [*Conférence des Nations Unies sur le droit des traités* (note 142 *supra*), p. 150].

[204] Voir Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, p. 352. L'auteur soutient qu'il ne fait pas de doute que pour que la conséquence prévue par la règle relative à l'objection qualifiée se produise, celui qui en est l'auteur doit exprimer une volonté en ce sens.

la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide qui précise que «le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas considère comme n'étant pas partie à la Convention tout État qui a ou aura formulé de telles réserves[205]». La France a également très nettement exprimé une telle intention à l'égard de la réserve des États-Unis à l'Accord relatif aux transports internationaux de denrées périssables et aux engins spéciaux à utiliser pour ces transports, en déclarant qu'elle «ne sera pas lié[e] par l'Accord ATP dans ses relations avec les États-Unis d'Amérique[206]». De la même façon, le Royaume-Uni a fait savoir dans son objection à la réserve syrienne à la Convention de Vienne de 1969 qu'il «ne reconnaît pas l'entrée en vigueur [de la Convention] entre le Royaume-Uni et la Syrie[207]».

101. En revanche, le simple fait que l'objection est motivée par le fait que la réserve est considérée comme contraire à l'objet et au but du traité ne suffit pas[208]. La pratique est indiscutable en ce sens puisque les États justifient, très fréquemment, leurs objections par une telle incompatibilité tout en précisant que cette constatation n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre eux et l'auteur de la réserve[209]. Les objections d'Israël, de l'Italie et du Royaume-Uni à l'égard de la réserve du Burundi à la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, considèrent également cette réserve comme incompatible avec l'objet et le but de la Convention. Néanmoins, les auteurs des objections précisent, quoique d'une façon quelque peu ambigüe, qu'ils ne sauraient «considérer l'adhésion du Burundi à la Convention comme valide tant que ce dernier n'aura pas retiré cette réserve[210]». Cette déclaration prête peut-être à discussion quant à la clarté de l'intention exprimée.

102. Ni les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, ni leurs travaux préparatoires ne donnent d'indications utiles quant au moment où l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection doit exprimer nettement l'intention d'empêcher le traité d'entrer en vigueur entre lui-même et l'auteur de la réserve. On peut cependant procéder par déduction. Conformément à la présomption de l'article 20, paragraphe 4 *b*, des Conventions de Vienne en vertu de laquelle une objection n'empêche pas l'entrée en vigueur du traité dans les relations conventionnelles entre l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection et l'État ou l'organisation réservataire sauf déclaration en sens contraire, une objection qui n'est pas accompagnée d'une telle déclaration a pour conséquence que le traité entre en vigueur sous réserve de l'application de l'article 21, paragraphe 3, des Conventions sur l'effet de la réserve dans les relations entre les deux parties. Si l'État ou l'organisation objectant exprimait une intention contraire par une déclaration subséquente, il ne remettrait pas seulement en cause la sécurité juridique mais aggraverait également son objection: l'objection à effet minimum devient une objection à effet maximum (voir *infra* le paragraphe 177), ce qui, on le verra, n'est certainement pas possible (voir *infra* les paragraphes 176 à 180 et le projet de directive 2.7.9).

103. Il en résulte qu'afin de pouvoir effectivement s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'auteur de la réserve, l'État auteur de l'objection doit nécessairement faire la déclaration prévue à l'article 20, paragraphe 4 *b*, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 au même moment que l'objection elle-même. La déclaration concernant la non-entrée en vigueur du traité dans les relations bilatérales devient alors un élément spécifique du contenu même de l'objection assortie d'un effet maximum dont elle doit être partie intégrante.

104. Ces deux conditions – déclaration claire, exprimée dans l'objection elle-même – encadrent donc la faculté de l'État ou de l'organisation de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité (voir *supra* les paragraphes 68 à 75 et le projet de directive 2.6.4). Elles sont reprises dans le projet de directive 2.6.8, qui pourrait être rédigé de la manière suivante:

«2.6.8 *Expression de l'intention de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité*

«Lorsqu'un État ou une organisation internationale qui fait objection à une réserve entend s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve, il doit en exprimer clairement l'intention au moment où il formule l'objection.»

iii) *La motivation*

105. Malgré le lien initialement établi entre l'objection, d'une part, et la conformité de la réserve avec l'objet et le but du traité, d'autre part (voir *supra* le paragraphe 62), à aucun moment Sir Humphrey Waldock n'a envisagé une quelconque obligation de motivation d'une objection. Aucune des deux Conventions de Vienne ne contient de disposition en ce sens. Cela est fort regrettable.

106. Certes, comme cela est expliqué ci-dessus (voir les paragraphes 60 à 83), un État ou une organisation internationale peut objecter à une réserve pour n'importe quelle raison et indépendamment de la question de la validité de la réserve: «Aucun État ne peut être lié par des obligations contractuelles qu'il ne juge pas appropriées[211].» Du reste,

[205] Nations Unies, *Traités multilatéraux*… (voir *supra* la note 165), chap. IV.1. Voir également l'objection de la Chine (ibid.).

[206] Ibid., chap. XI.B.22. Voir également l'objection de l'Italie (ibid.).

[207] Ibid., vol. II, chap. XXIII.1. Voir également l'objection du Royaume-Uni à la réserve du Viet Nam (ibid.).

[208] Cette remarque, qui concerne seulement le contenu des déclarations faites en vertu de l'article 20, paragraphe 4 *b*, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, ne préjuge pas la question, différente, de savoir si une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité est ou non nulle de plein droit, qui est examinée dans le dixième rapport sur les réserves [*Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 66), par. 195 à 200] et sera à nouveau discutée dans le prochain rapport.

[209] Parmi de très nombreux exemples, voir les objections de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe à la réserve syrienne concernant la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme motivées par l'incompatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention (Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Estonie, Finlande, France, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Suède) [Nations Unies, *Traités multilatéraux*… (voir *supra* la note 165), chap. XVIII.11]. Dans tous ces cas il est précisé que l'objection «ne fait toutefois pas obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention entre [son auteur] et la République arabe syrienne». Voir aussi les exemples cités *supra*, à la note 165.

[210] Ibid., vol. II, chap. XVIII.7.

[211] Tomuschat, loc. cit., p. 466.

lors des discussions au sein de la Sixième Commission, plusieurs États ont indiqué que bien souvent les motivations d'un État pour formuler une objection sont purement politiques[212]. Lorsque tel est le cas, l'indication des motifs risque de mettre inutilement dans l'embarras l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection, sans rien apporter à l'auteur de l'objection, ni aux autres États ou organisations internationales intéressés.

107. Mais la question se pose en des termes différents dans les cas où un État ou une organisation internationale objecte à une réserve parce qu'il la considère comme n'étant pas valide (quelle qu'en soit la raison). Laissant de côté la question d'une éventuelle obligation juridique[213] pour les États de faire des objections en réaction à des réserves contraires à l'objet et au but du traité, il n'en reste pas moins que, dans le régime «souple», l'objection joue concrètement un rôle capital dans la détermination de la validité d'une réserve. En l'absence d'un mécanisme de contrôle des réserves, il appartient en effet aux États et aux organisations internationales d'exprimer, par le biais des objections, leur point de vue, nécessairement subjectif, concernant la validité d'une réserve donnée[214]. Une telle fonction ne peut cependant être remplie que par les objections motivées par des considérations relatives à la non-validité de la réserve concernée. On voit mal pourquoi une objection faite pour des motifs purement politiques devrait être prise en compte pour l'évaluation de la conformité d'une réserve avec les exigences de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Ne fût-ce que pour cette raison, il paraît raisonnable, voire nécessaire, d'indiquer autant que possible les motivations d'une objection.

108. De surcroît, l'indication des motifs d'une objection ne permet pas seulement à l'État ou à l'organisation internationale réservataire de connaître le point de vue des autres États et organisations intéressés sur la question de la validité de sa réserve, mais elle fournit également un élément d'appréciation important aux organes de contrôle et de surveillance appelés à statuer sur la conformité de la réserve avec le traité. Ainsi, dans l'affaire *Loizidou*, la Cour européenne des droits de l'homme a trouvé une confirmation de ses conclusions concernant la réserve turque dans les déclarations et objections faites par les autres États parties à la Convention européenne des droits de l'homme[215]. De même, dans le document de travail qu'elle a soumis à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme en 2004, M^me^ Hampson, estime que «[p]our remplir son rôle, un organe conventionnel doit examiner entre autres la pratique des parties au traité en question en matière de réserves et d'objections[216]». Le Comité des droits de l'homme lui-même, dans son observation générale n° 24, qui, pourtant, manifeste une grande méfiance vis-à-vis de la pratique des États en matière d'objections et des conclusions que l'on peut en tirer pour apprécier la validité d'une réserve, considère qu'«une objection élevée par des États à une réserve peut donner au Comité un élément d'appréciation pour déterminer si la réserve est compatible avec l'objet et le but du Pacte[217]».

109. La pratique étatique montre d'ailleurs que les États indiquent souvent dans leurs objections non seulement qu'ils considèrent la réserve concernée comme contraire à l'objet et au but du traité, mais expliquent également, d'une façon plus ou moins détaillée, pourquoi et comment ils sont arrivés à cette conclusion. Et, lors de la soixantième session de l'Assemblée générale, le représentant italien à la Sixième Commission a estimé que la Commission devrait inciter les États à utiliser les formules de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 afin de clarifier leurs objections[218].

110. Compte tenu de ces considérations, et malgré l'absence d'une obligation de motivation des objections dans le régime de Vienne, il paraît utile d'inclure dans le Guide de la pratique un projet de directive incitant les États (et les organisations internationales) à développer et approfondir la pratique de la motivation[219]. Il doit cependant

---

[212] Voir par exemple l'intervention du représentant des États-Unis à la Sixième Commission lors de la cinquante-huitième session: «La pratique montre que les États et organisations internationales élèvent des objections aux réserves pour diverses raisons de caractère politique plus que juridique et avec des intentions différentes» [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-huitième session*, 20^e^ séance (A/C.6/58/SR.20), par. 9]. Lors de la soixantième session, le représentant néerlandais a également soutenu que «[d]ans le système actuel, l'aspect politique d'une objection, c'est-à-dire le point de vue exprimé par l'État qui l'a formulée sur l'opportunité d'une réserve, joue un rôle central et ses effets juridiques sont de plus en plus marginaux» [ibid., *soixantième session, Sixième Commission*, 14^e^ séance (A/C.6/60/SR.14), par. 31]; ou encore, sur l'aspect politique d'une objection, voir Portugal [ibid., 16^e^ séance (A/C.6/60/SR.16), par. 44]. Voir aussi Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, arrêt du 11 mars 2005, série C, n° 123, opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, par. 24.

[213] Les Pays-Bas ont «estim[é] que les États parties, en tant que gardiens d'un traité donné, ont l'obligation morale, sinon juridique, de formuler une objection à une réserve qui n'est pas compatible avec l'objet et le but du traité» [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 14^e^ séance (A/C.6/60/SR.14), par. 29]. Selon ce raisonnement, «une Partie est tenue de donner de bonne foi effet à ses engagements et cela lui interdirait d'accepter une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité» [Document de travail final sur les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme, présenté par M^me^ Françoise Hampson (E/CN.4/Sub.2/2004/42), par. 24]; M^me^ Hampson considère cependant qu'«il ne semble pas y avoir d'obligation générale de formuler une objection aux réserves incompatibles» (ibid., par. 30); telle est aussi, *prima facie*, la position du Rapporteur spécial.

[214] Certains régimes conventionnels vont même jusqu'à s'en remettre au nombre des objections afin de déterminer l'admissibilité d'une réserve. Voir par exemple l'article 20, paragraphe 2, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui dispose: «Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée non plus qu'aucune réserve qui aurait pour effet de paralyser le fonctionnement de l'un quelconque des organes créés par la Convention. *Une réserve sera considérée comme rentrant dans les catégories définies ci-dessus si les deux tiers au moins des États parties à la Convention élèvent des objections**.»

[215] *Loizidou c. Turquie*, Cour européenne des droits de l'homme, *série A, vol. 310* (exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, p. 28 et 29, par. 81. Voir aussi l'intervention du délégué suédois à la Sixième Commission au nom des pays nordiques [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 14^e^ séance (A/C.6/60/SR.14), par. 22].

[216] E/CN.4/Sub.2/2004/42 (voir *supra* la note 213), par. 28; voir plus généralement les paragraphes 21 à 35 de cette importante étude.

[217] Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40* (A/50/40), vol. I, annexe V, par. 17.

[218] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 16^e^ séance (A/C.6/60/SR.16), par. 20.

[219] Cette idée a déjà été accueillie favorablement par la Commission [*Annuaire… 2003*, vol. II (2^e^ partie), p. 65, par. 352].

rester clair qu'une telle disposition ne constitue qu'une recommandation, une directive d'orientation de la pratique étatique, et qu'elle ne codifie aucunement une règle de droit international établie[220].

111. Le Rapporteur spécial propose donc un projet de directive 2.6.10 libellé ainsi:

«2.6.10 *Motivation*

«Une objection devrait autant que possible indiquer les motifs pour lesquels elle est faite.»

b) *La confirmation des objections*

112. Contrairement à ce qui est prévu pour les réserves à l'article 23, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969[221], une objection n'a pas besoin d'être elle-même confirmée formellement par son auteur dans le cas où elle a été faite antérieurement à la confirmation formelle de la réserve, conformément à l'article 23, paragraphe 3, de la Convention aux termes duquel:

> Une acceptation expresse d'une réserve ou une objection faite à une réserve, si elles sont antérieures à la confirmation de cette dernière, n'ont pas besoin d'être elles-mêmes confirmées.

113. Cette disposition n'est apparue qu'à un stade très tardif des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969. En effet, les premiers projets d'article concernant la procédure applicable à la formulation des objections ne faisaient pas allusion aux cas où une objection serait faite à une réserve qui n'aurait pas encore été formellement confirmée. Ce n'est qu'en 1966 que l'inutilité de la confirmation d'une objection a fait son apparition, dans le paragraphe 3 du projet d'article 18 adopté en seconde lecture[222], sans aucune explication ni illustration; mais elle y était présentée comme relevant de la *lex ferenda*[223].

114. Il s'agit sans aucun doute d'une règle de bon sens: la formulation de la réserve intéresse l'ensemble des États et organisations internationales contractants ou susceptibles de le devenir; les acceptations et objections concernent avant tout les rapports bilatéraux entre l'auteur de la réserve et chacun des États ou organisations acceptants ou objectants. La réserve est une «offre» adressée à l'ensemble des contractants, qu'ils peuvent accepter ou refuser; c'est l'État ou l'organisation réservataire qui met en danger l'intégrité du traité et qui prend le risque de le décomposer en une série de rapports bilatéraux; en revanche, que l'acceptation ou l'objection soit faite avant ou après la confirmation de la réserve n'a pas d'importance: ce qui importe est que l'État ou l'organisation réservataire soit prévenu des intentions de ses partenaires[224]; il l'est dès lors que ceux-ci ont respecté les règles de publicité fixées au paragraphe 1 de l'article 23.

115. La pratique étatique en matière de confirmation des objections est clairsemée et incertaine: tantôt, les États confirment leurs objections antérieures après que l'État réservataire a lui-même confirmé sa réserve, tantôt ils s'en abstiennent[225]. Bien que cette seconde attitude semble la plus fréquente, l'existence de telles confirmations n'infirme pas la positivité de la règle posée à l'article 23, paragraphe 3: il s'agit de mesures de précaution dont rien n'indique qu'elles soient dictées par le sentiment d'une obligation juridique (*opinio juris*).

116. En présence de ces considérations, il suffit donc de reprendre, dans le Guide de la pratique, la règle énoncée à l'article 23, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986:

«2.6.11 *Inutilité de la confirmation d'une objection faite avant la confirmation formelle de la réserve*

«Une objection faite à une réserve par un État ou une organisation internationale avant la confirmation de celle-ci conformément au projet de directive 2.2.1 n'a pas besoin d'être elle-même confirmée.»

117. L'article 23, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ne répond cependant pas à la question de savoir si une objection faite par un État ou une organisation internationale qui, au moment où il l'a faite, n'avait pas encore exprimé son consentement à être lié par le traité doit être ultérieurement confirmée pour produire les effets prévus. Bien que Sir Humphrey Waldock n'ait pas négligé l'hypothèse dans laquelle une objection serait formulée par des États signataires ou des États ayant seulement droit de devenir partie au traité[226], la question de la confirmation ultérieure d'une telle

---

[220] Ce ne serait pas la première directive constituant une recommandation qui figurerait dans le Guide de la pratique. Voir le projet de directive 2.5.3 relatif au réexamen périodique de l'utilité des réserves (ibid., p. 78, par. 368).

[221] Voir également le projet de directive 2.2.1 (Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature d'un traité): «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 par 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» [*Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 193, par. 157]. Pour le commentaire de ce projet de directive, voir p. 193 à 196 (ibid.).

[222] Voir *Annuaire... 1966* (note 163 *supra*), p. 227.

[223] «[L]a Commission n'a pas estimé qu'il soit nécessaire de réitérer, après confirmation d'une réserve, une objection faite à cette réserve avant la confirmation» (ibid., par. 5 du commentaire).

[224] Dans son avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour internationale de Justice a présenté une objection faite par un État signataire comme un «avertissement» adressé à l'auteur de la réserve [*C.I.J. Recueil 1951* (voir *supra* la note 101), p. 29]. Voir aussi *infra* par. 119 et 122.

[225] Ainsi par exemple, l'Australie et l'Équateur n'ont pas confirmé leurs objections aux réserves formulées au moment de la signature de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide par la Biélorussie, la Tchécoslovaquie, l'Ukraine et l'U.R.S.S. lorsque ces États ont ratifié la même Convention en confirmant leurs réserves [Nations Unies, *Traités multilatéraux…* (voir *supra* la note 165), chap. IV.1]. De même, l'Irlande et le Portugal n'ont pas confirmé les objections qu'ils avaient faites à la réserve formulée par la Turquie lors de la signature de la Convention relative aux droits de l'enfant lorsque ce pays a confirmé sa réserve dans son instrument de ratification (ibid., chap. IV.11). En revanche, la Finlande, qui avait objecté à une réserve du Qatar à cette même Convention, a confirmé son objection lorsque le Qatar a confirmé sa réserve lors de la ratification (ibid., p. 337).

[226] Voir notamment le paragraphe 3 *b* du projet d'article 19 proposé par Sir Humphrey Waldock dans son premier rapport sur le droit des traités [*Annuaire… 1962* (note 132 *supra*), p. 71] et le paragraphe 6 du projet d'article 20 proposé dans son quatrième rapport sur le droit des traités [*Annuaire… 1965* (note 137 *supra*), p. 58].

réserve n'a jamais été posée[227]. Une proposition faite en ce sens par la Pologne lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités[228] n'a pas été examinée. Les Conventions de Vienne comportent donc une lacune à cet égard que la Commission devrait s'efforcer de combler.

118. La pratique étatique en la matière est quasiment inexistante. Un des rares exemples est constitué par les objections formulées par les États-Unis à propos de plusieurs réserves à la Convention de Vienne de 1969 elle-même[229]. L'objection formulée à l'encontre de la réserve syrienne précise en effet que cet État – qui à ce jour n'a toujours pas exprimé son consentement à être lié par la Convention – a

> l'intention, au moment où il pourra devenir partie à la Convention de Vienne sur le droit des traités, *de réaffirmer son objection** à ladite réserve et de rejeter toutes relations conventionnelles avec la République arabe syrienne découlant de toutes les dispositions de la partie V de la Convention à l'égard desquelles la République arabe syrienne a rejeté les procédures de conciliation obligatoire prévues dans l'annexe de la Convention[230].

Curieusement, la deuxième objection des États-Unis formulée à l'encontre de la réserve tunisienne ne contient cependant pas une telle précision.

119. Dans son avis consultatif de 1951, la Cour internationale de Justice semble également estimer que la confirmation formelle d'une objection faite par un État non-partie n'est pas nécessaire. Elle a considéré ce qui suit:

> En attendant la ratification, le statut provisoire créé par la signature confère aux signataires qualité pour formuler au titre conservatoire des objections ayant elles-mêmes un caractère provisoire. Celles-ci tomberaient si la signature n'était pas suivie de ratification *ou elles deviendraient définitives avec la ratification**.
>
> […]
>
> L'État qui a fait la réserve aurait été averti que, dès que les exigences d'ordre constitutionnel ou autre qui ont pu motiver le retard de la ratification auraient été satisfaites, il serait en présence d'une objection valable qui doit sortir son plein effet juridique[231].

Ce faisant, la Cour a semblé admettre l'automaticité de l'effectivité de l'objection du seul fait de la ratification, sans qu'une confirmation soit nécessaire[232]. Il reste qu'elle n'a pas pris position formellement sur ce point et que le débat reste ouvert.

120. On peut cependant déduire de l'absence, dans le texte des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, de l'exigence de la confirmation d'une objection faite par un État ou une organisation avant la ratification ou l'approbation l'idée qu'une telle confirmation n'était considérée comme nécessaire ni par les membres de la Commission ni par les délégués à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités[233]. Le fait que l'amendement polonais[234], qui visait justement à aligner l'objection sur le cas de la réserve à cet égard, n'a pas été adopté confirme d'ailleurs ce point de vue. Ces considérations sont plus concluantes encore si l'on garde à l'esprit que l'exigence de confirmation formelle pour les réserves faites lors de la signature du traité, aujourd'hui fermement ancrée dans l'article 23, paragraphe 2, des Conventions, relevait, lors de son adoption par la Commission, davantage du développement progressif que de la codification *stricto sensu*[235]. La déconnexion sur ce point des règles procédurales imposées pour la formulation des réserves d'une part et des objections d'autre part ne saurait donc s'expliquer par un simple oubli, mais doit, raisonnablement, être considérée comme ayant été délibérée.

121. La non-exigence de confirmation formelle d'une objection faite par un État ou une organisation internationale avant l'expression de son consentement à être lié par le traité trouve également d'autres justifications. Tandis que les réserves sont souvent considérées comme «un mal nécessaire, qui demeure un mal[236]», en ce qu'elles mettent en danger l'intégrité du traité, les objections ne constituent qu'une réaction ouverte aux autres États ou organisations internationales intéressés afin de contrôler et d'encadrer, en l'absence d'un mécanisme de contrôle centralisé, la faculté de formuler des réserves. Certes, une objection est susceptible de produire des effets sur le traité qui sont loin d'être négligeables et peuvent même aller jusqu'à empêcher le traité d'entrer en vigueur. Pourtant, le «mal[237]», à la base, reste la réserve. C'est elle qui doit être encadrée, non seulement matériellement, mais également formellement, afin que l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur soit à même d'apprécier la portée de sa déclaration unilatérale. L'objection n'est certainement pas un acte anodin: elle seule permet aux autres parties contractantes de donner leur point de vue sur la validité ou l'opportunité de la réserve. Le formalisme, à condition de n'être point excessif, apparaît, dans cette perspective, comme un élément de nature à décourager la pratique des réserves dans la mesure du possible.

---

[227] Sauf, peut-être, dans une simple affirmation, faite en passant, par M. Tounkine, *Annuaire… 1965*, vol. I, 799e séance, p. 183, par. 38: «Manifestement, la pratique moderne veut qu'une réserve ne soit valable que si elle est formulée ou confirmée au moment où est établi le consentement définitif à être lié, et c'est ce qui était présumé dans le projet de 1962. Il en est de même des objections aux réserves. Cette question est partiellement traitée au paragraphe 6 du nouveau texte de l'article 20 proposé par le Rapporteur spécial.»

[228] A/CONF.39/6/Add.1, p. 19. Le Gouvernement polonais a suggéré de rédiger le paragraphe 2 de l'article 18 (qui est devenu l'article 23) comme suit: «Une réserve formulée lors de l'adoption du texte ou lors de la signature du traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation et toute objection qui peut y être faite doivent être confirmées formellement par l'État auteur de la réserve et l'État qui a formulé l'objection, au moment où ils expriment leur consentement à être liés par le traité. En pareil cas, la réserve et l'objection seront réputées avoir été faites à la date à laquelle elles ont été confirmées.»

[229] Il s'agit des réserves formulées par la République arabe syrienne et par la Tunisie [Nations Unies, *Traités multilatéraux*… (voir *supra* la note 165), vol. II, chap. XXIII.1].

[230] Ibid.

[231] *C.I.J. Recueil 1951* (voir *supra* la note 101), p. 28 et 29.

[232] Voir en ce sens Horn, op. cit., p. 137.

[233] Ibid.

[234] Voir *supra* la note 228.

[235] Voir Sir Humphrey Waldock [*Annuaire… 1962*, vol. II, p. 75, par. 11 du commentaire du projet d'article 17]; Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», p. 28; et Horn, op. cit., p. 41. Voir également le commentaire du projet de directive 2.2.1 (Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature du traité), *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 194, par. 157, par. 8.

[236] *Annuaire… 1965*, vol. I, 797e séance, p. 166, par. 38 (M. Ago); voir aussi Gamble, Jr., «The 1982 U.N. Convention on the Law of the Sea: a "midstream" assessment of the effectiveness of article 309», p. 628.

[237] Le Rapporteur spécial ne pense pas que les réserves soient forcément un mal dans tous les cas et quelles que soient les circonstances.

122. Une réserve formulée avant que l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur devienne partie contractante au traité n'est susceptible de produire aucun effet juridique, elle reste lettre morte jusqu'au moment où le consentement de l'État à être lié par le traité est effectivement donné. L'exigence de confirmation formelle de la réserve se justifie dans ce cas surtout par le fait que la réserve, une fois acceptée, module ce consentement. Les choses se présentent différemment en ce qui concerne les objections. En effet, bien que l'objection ne produise également les effets prévus par l'article 20, paragraphe 4, et l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 qu'une fois que l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection est devenu un «contractant», elle n'est pas dépourvue d'intérêt avant même cette occurrence. Elle constitue en effet l'expression du point de vue de son auteur sur la question de la validité ou de l'admissibilité de la réserve et, à ce titre, pourra être prise en considération par les organes ayant compétence pour apprécier la validité des réserves (voir *supra* le paragraphe 108). De surcroît, et sur ce point, l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice reste valable, l'objection constitue un avertissement pour l'État réservataire concernant l'attitude de l'État auteur de l'objection vis-à-vis de la réserve. Comme la Cour l'a relevé:

> L'intérêt juridique que poursuit l'État signataire en faisant objection à la réserve serait ainsi amplement sauvegardé. L'État qui a fait la réserve aurait été averti que, dès que les exigences d'ordre constitutionnel ou autre qui ont pu motiver le retard de la ratification auraient été satisfaites, il serait en présence d'une objection valable qui doit sortir son plein effet juridique, et il aurait en conséquence à examiner, dès l'énoncé de l'objection, le maintien ou le retrait de la réserve[238].

Une telle objection formulée avant l'expression du consentement d'être lié par le traité incite donc l'État réservataire à repenser sa réserve, à la modifier ou à la retirer de la même façon qu'une objection faite par un État contractant. Cet avertissement deviendrait cependant une simple éventualité si l'on exigeait de la part de l'État auteur de l'objection de la confirmer lors de l'expression de son consentement à être lié par le traité. L'exigence d'une confirmation formelle supplémentaire enlèverait donc, de l'avis du Rapporteur spécial, une bonne partie de l'intérêt qu'il y a à ce que les États et organisations internationales qui ne sont pas encore parties contractantes au traité puissent faire des objections.

123. Il ne résulte d'ailleurs de la non-confirmation de l'objection dans une telle situation aucun problème de sécurité juridique. En effet, les objections formulées par un État signataire ou par un État ayant droit de devenir partie au traité doivent, comme toute notification ou communication relative au traité[239], être faites par écrit et communiquées et notifiées, au même titre qu'une objection émanant d'une Partie. De plus, contrairement à une réserve, une objection ne modifie les relations conventionnelles que dans la relation bilatérale entre l'État réservataire – qui en a été averti – et l'État auteur de l'objection. Les droits et obligations assumés par l'État auteur de l'objection vis-à-vis des autres États parties au traité ne sont aucunement concernés.

124. En conclusion, on peut raisonnablement considérer que la confirmation formelle d'une objection formulée par un État ou une organisation internationale n'ayant pas encore exprimé son consentement à être lié par le traité n'est nullement indispensable. Le silence des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 sur ce point doit cependant être corrigé afin de lever les doutes sur la question. Un projet de directive 2.6.12 rédigé de la manière suivante le permettrait:

«2.6.12 *Non-exigence de confirmation d'une objection faite avant l'expression du consentement à être lié par le traité*[240]

«Lorsqu'elle est faite avant l'expression du consentement à être lié par le traité, une objection n'a pas besoin d'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.»

### c) *Le moment où une objection peut être faite*

125. La question de savoir à quel moment et jusqu'à quel moment un État ou une organisation internationale peut faire une objection trouve une réponse partielle et indirecte dans l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Dans sa rédaction de 1986, cette disposition prévoit ce qui suit:

> Aux fins des paragraphes 2 et 4[241] et à moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve est réputée avoir été acceptée par un État ou une organisation internationale si ces derniers n'ont pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle ils en ont reçu notification, soit à la date à laquelle ils ont exprimé leur consentement à être liés par le traité, si celle-ci est postérieure.

126. Il convient de remarquer que le projet de directive 2.1.6 (Procédure de communication des réserves) adopté par la Commission en 2002 tire, dans son paragraphe 3, une conclusion expresse de cette disposition en ce qui concerne le délai dans lequel une objection peut être faite. Selon ce paragraphe,

> [l]e 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[242].

127. Cette précision, qui ne figurait ni dans les propositions du Rapporteur spécial[243], ni dans le rapport du Comité de rédaction[244] a été ajoutée dans le projet de

[238] *C.I.J. Recueil 1951* (voir *supra* la note 101), p. 29.

[239] Voir l'article 78 de la Convention de Vienne de 1969 et l'article 79 de la Convention de Vienne de 1986.

[240] Le titre de ce projet de directive est calqué sur celui du projet de directive 2.4.4 (Non-exigence de confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature d'un traité), *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 207.

[241] Le paragraphe 2 est relatif aux réserves aux traités à participation restreinte; le paragraphe 4 établit les effets de l'acceptation des réserves et des objections dans tous les cas autres que ceux des réserves expressément autorisées par le traité, s'agissant des traités à participation restreinte et des actes constitutifs d'organisations internationales.

[242] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 27.

[243] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/518 et Add.1 à 3, p. 159, par. 153 et 155, dans lesquels figurent les projets de directives 2.1.6 et 2.1.8 proposés par le Rapporteur spécial, qui sont à l'origine du projet de directive 2.1.6 finalement adopté par la Commission.

[244] Voir la présentation du rapport du Comité de rédaction par M. Yamada, *Annuaire… 2002*, vol. I, 2733e séance (A/CN.4/SR.2733), p. 156, par. 21 à 24.

directive 2.1.6 en séance plénière à la suite d'une proposition de M. Gaja[245], à l'époque bien accueillie par le Rapporteur spécial[246]. À la réflexion, cependant, cette mention du délai dans lequel une objection peut être formulée dans cette disposition présente deux inconvénients:

*a*) en premier lieu, on peut s'interroger sur la logique qu'il y a à inclure dans un projet de directive concernant la procédure de communication des réserves une règle qui concerne non pas les réserves mais les objections[247];

*b*) en second lieu, et cela est plus grave, le paragraphe 3 du projet de directive, sans être inexact, est incomplet et risque d'être source de confusion: il envisage seulement (d'ailleurs incomplètement[248]) la question du point de départ du délai dans lequel une objection peut être formulée (*dies a quo*) mais il laisse entière la question du *dies ad quem*; or celle-ci ne peut certainement pas être traitée par prétérition et il est difficile d'y répondre isolément et de déterminer la date d'expiration du délai sans se référer à son point de départ[249].

128. Dans ces conditions, il paraît indispensable de faire figurer dans la section du Guide de la pratique un projet de directive globale relative au délai de formulation des objections; tel est l'objet du projet de directive 2.6.13 qui pourrait être rédigé en suivant plus complètement la partie du texte de l'article 20, paragraphe 5, de la Convention de Vienne de 1986:

«2.6.13 *Délai de formulation d'une objection*

«À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale peut formuler une objection à une réserve soit jusqu'à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification, soit jusqu'à la date à laquelle cet État ou cette organisation internationale a exprimé son consentement à être lié par le traité, si celle-ci est postérieure.»

129. Il est clair que ce projet de directive fait en partie double emploi avec le projet de directive 2.1.6, paragraphe 3, qu'il complète et dont il dissipe les ambiguïtés. Dès lors, deux voies s'ouvrent à la Commission. Ou bien, elle décide de supprimer le projet de directive 2.1.6, paragraphe 3 (et le paragraphe 24 du commentaire de cette disposition), ce qui serait cohérent mais présente l'inconvénient de revenir sur une disposition adoptée. Ou bien elle laisse coexister les deux dispositions (qui ne sont pas incompatibles, mais dont la coexistence est trompeuse) et se réserve la possibilité d'introduire la cohérence nécessaire que constituerait la suppression du projet de directive 2.1.6, paragraphe 3, lors de la seconde lecture du projet de guide de la pratique. Le Rapporteur spécial s'en remet sur ce point à la sagesse de la Commission.

130. Le projet de directive 2.6.13 ne répond cependant qu'imparfaitement à la question de savoir à partir de quel moment une objection à une réserve peut être formulée. Sans doute y est-il précisé que le délai dans lequel l'objection peut être formulée court à partir du moment où la réserve est notifiée à l'État ou à l'organisation internationale qui entend faire l'objection, ce qui implique qu'à partir de ce moment la formulation de celle-ci est possible. Mais il n'en résulte pas nécessairement qu'elle ne peut être faite plus tôt. De même, la définition des objections adoptée par la Commission en 2005 (voir *supra* le paragraphe 58) précise à ce sujet qu'un État ou une organisation internationale peut faire une objection «*en réaction à une réserve à un traité formulée** par un autre État ou une autre organisation internationale», ce qui semble suggérer qu'une objection ne peut être faite par un État ou une organisation internationale qu'une fois une réserve *formulée*. A priori, cela paraît assez logique, mais cette conclusion est probablement hâtive.

131. La pratique étatique montre en effet que les États font également des objections à des fins «préventives». Le Chili a par exemple formulé une objection à la Convention de Vienne de 1969 libellée ainsi:

> La République du Chili formule une objection aux réserves qui ont été faites ou qui pourraient l'être à l'avenir en ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 62 de la Convention[250].

Dans le même esprit, le Japon a fait l'objection suivante:

> Le Gouvernement japonais a des objections quant à toute réserve qui vise à exclure l'application, en totalité ou en partie, des dispositions de l'article 66 et de l'annexe, concernant les procédures obligatoires de règlement des différends, et il considère que le Japon n'a pas de relations conventionnelles avec un État qui a formulé ou qui a l'intention de formuler une telle réserve en ce qui concerne les dispositions de la partie V de la Convention, auxquelles les procédures obligatoires susmentionnées ne s'appliqueraient pas du fait de ladite réserve[251].

Le Japon a cependant, dans la deuxième partie de l'objection, précisé que les effets de cette objection (un effet intermédiaire[252]) devraient se produire vis-à-vis de la

---

[245] Ibid., p. 158, par. 43.

[246] Ibid., par. 45.

[247] Il est à noter que le très bref commentaire dont est assortie cette disposition ne donne aucune indication sur les raisons qui ont conduit la Commission à prendre cette décision:

«Le paragraphe 3 du projet de directive 2.1.6 vise le cas particulier du délai imparti aux États ou aux organisations internationales pour formuler une objection à une réserve. Il reprend le principe posé au paragraphe 5 de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1986 (repris de la disposition correspondante de 1969), aux termes duquel:

«"[…] à moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve est réputée avoir été acceptée par un État ou une organisation internationale si ces derniers n'ont pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle ils en ont reçu notification, soit à la date à laquelle ils ont exprimé leur consentement à être liés par le traité, si celle-ci est postérieure."

«Il est à noter que, dans ce cas, la date d'effet de la notification risque d'être différente d'un État ou d'une organisation internationale à un autre en fonction de la date de réception.»

[Ibid., vol. II (2e partie), p. 44, par. 24 du commentaire du projet de directive 2.1.6.]

Les positions de M. Gaja et du Rapporteur spécial (voir *supra* les notes 245 et 246) ne sont guère plus éclairantes à cet égard: ils se sont bornés, l'un et l'autre, à se référer à l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

[248] Voir *infra* les paragraphes 130 à 135 et le projet de directive 2.6.14.

[249] Du reste, le commentaire du projet de directive 2.1.6, paragraphe 3 (note 247 *supra*), se réfère expressément à l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, qui procède en effet de cette manière.

[250] Nations Unies, *Traités multilatéraux…* (voir *supra* la note 165), vol. II, chap. XXIII.1.

[251] Ibid.

[252] Sur l'effet «intermédiaire» d'une objection, voir *Annuaire… 2003* (note 3 *supra*), p. 50, par. 95.

République arabe syrienne et de la Tunisie. Plus tard, il a réitéré sa déclaration pour préciser que les mêmes effets devraient se produire vis-à-vis de la République démocratique allemande et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques qui avaient formulé des réserves comparables à celles de la République arabe syrienne et de la Tunisie[253]. D'autres États, pour leur part, ont fait de nouvelles objections en réaction à chaque réserve aux mêmes dispositions nouvellement formulée par un autre État partie[254].

132. L'objection japonaise aux réserves formulées par Bahreïn[255] et le Qatar à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques précise également que non seulement les deux réserves directement concernées sont considérées comme non valides, mais que «cette position [du Japon] vaut également pour toutes réserves que d'autres pays pourraient faire à l'avenir à la même fin[256]».

133. L'objection de la Grèce à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide rentre également dans la catégorie des réserves anticipées. Elle dispose:

> Nous déclarons, en plus, que nous n'avons pas accepté et n'acceptons aucune des réserves déjà formulées ou qui pourraient être formulées par les pays signataires de cet instrument ou par ceux ayant adhéré ou devant adhérer à celui-ci[257].

Une objection générale a également été faite par les Pays-Bas concernant les réserves à l'article IX de la même convention. Bien que l'objection énumère les États qui avaient déjà fait une telle réserve, elle conclut que «le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas considère comme n'étant pas partie à la Convention tout État qui a ou aura formulé de telles réserves[258]». Cette objection a été cependant réitérée en 1996 pour les réserves faites par la Malaisie et Singapour et, à la même occasion, retirée dans les relations avec la Bulgarie, la Hongrie et la Mongolie qui avaient, pour leur part, retiré leurs réserves.

134. La pratique étatique est donc loin d'être uniforme à cet égard. De l'avis du Rapporteur spécial, rien ne s'oppose cependant à ce qu'un État ou une organisation internationale formule des objections à des fins préventives, avant même qu'une réserve soit formulée ou, à la suite de la formulation d'une réserve, en indiquant qu'il s'oppose par avance à toute réserve identique ou similaire. De telles objections préventives ne produisent évidemment pas les effets prévus par l'article 20, paragraphe 4, et l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986[259] aussi longtemps qu'une réserve correspondante n'a pas été formulée par un autre État contractant ou une autre organisation contractante. Cette situation n'est pas tellement différente de celle d'une réserve formulée par un État ou une organisation internationale signataire mais non encore partie, qui a fait l'objet d'une objection de la part d'un autre État ou organisation; une telle objection ne nécessite en effet aucune confirmation formelle une fois la réserve confirmée au moment de l'expression par l'État réservataire de son consentement à être lié par le traité (voir *supra* les paragraphes 117 à 124 et le projet de directive 2.6.11). Une objection préventive n'en constitue pas moins un avertissement de la part de son auteur, selon lequel il n'acceptera pas certaines réserves. Comme l'a souligné la Cour internationale de Justice, un tel avertissement, d'une part, sauvegarde les droits de l'État auteur de l'objection et, d'autre part, avise les autres États qui ont l'intention de formuler une réserve correspondante que celle-ci fera l'objet d'une objection (voir *supra* les passages de l'avis consultatif de la Cour de 1951 cités au paragraphe 122).

135. Dès lors se pose cependant la question de savoir s'il est nécessaire d'inclure dans le Guide de la pratique une directive distincte à ce sujet ou s'il suffit de préciser, dans le commentaire de la directive 2.6.13 sur le délai de formulation d'une objection, que la notification de la réserve constitue le *dies a quo* permettant la computation du délai mais pas forcément la date à partir de laquelle une objection peut être faite. Les avantages des objections préventives semblent suffisamment importants pour justifier l'adoption d'un projet de directive distinct consacrant cette pratique. Il pourrait être rédigé de la manière suivante:

«2.6.14 *Objections préventives*

«Un État ou une organisation internationale peut formuler une objection à une réserve spécifiée potentielle ou future, ou à une catégorie spécifiée de telles réserves, ou exclure l'application du traité dans son ensemble, dans ses relations avec l'auteur d'une telle réserve potentielle ou future. Une telle objection préventive ne produit les effets juridiques d'une objection qu'une fois la réserve effectivement formulée et notifiée.»

136. Tout comme il est possible de formuler une objection d'une façon anticipée, rien ne s'oppose à ce que les États ou les organisations internationales formulent des objections tardivement, c'est-à-dire soit après l'expiration du délai de douze mois (ou de tout autre délai prescrit par le traité), soit après le consentement à être lié pour les États et organisations internationales qui adhèrent au traité après l'expiration du délai de douze mois.

137. Cette pratique est loin d'être isolée. Dans son étude publiée en 1988, Horn a relevé que sur 721 objections recensées, 118 avaient été formulées tardivement[260] et ce

---

[253] Nations Unies, *Traités multilatéraux…* (voir *supra* la note 165), vol. II, chap. XXIII.1.

[254] Voir, par exemple, les déclarations et objections de l'Allemagne, des États-Unis, de la Nouvelle-Zélande, des Pays-Bas et du Royaume-Uni aux réserves comparables de plusieurs États à la Convention de Vienne de 1969 (ibid.).

[255] Ibid., vol. I, chap. III.3. À l'égard de la réserve de Bahreïn formulée le 2 novembre 1971, l'objection du Japon, datée du 27 janvier 1987, doit être considérée comme tardive. C'est certainement en raison du fait que l'objection japonaise concerne également la réserve du Qatar, formulée le 6 juin 1986, et que le Secrétaire général l'a publiée en tant qu'«objection» et non pas en tant que simple «communication», comme c'est normalement le cas. Cela ne préjuge pas cependant les effets concrets que cette objection tardive pourrait produire.

[256] Ibid.

[257] Ibid., chap. IV.1. Malgré cette objection générale, la Grèce a fait deux nouvelles objections à l'égard de la réserve des États-Unis (ibid.).

[258] Ibid.

[259] Non plus qu'aucun autre effet en admettant que d'autres effets soient juridiquement possibles.

[260] Horn, op. cit., p. 206. Voir également Riquelme Cortado, op. cit., p. 264 et 265.

chiffre s'est accru depuis lors[261]. On en trouve de nombreux exemples[262] s'agissant de traités relatifs aux droits de l'homme[263], mais également dans des traités touchant à des matières aussi diverses que le droit des traités[264], la lutte contre le terrorisme[265], la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé[266] ou encore le Statut de Rome de la Cour pénale internationale[267].

138. Cette pratique ne doit certainement pas être condamnée. Tout au contraire: elle permet aux États et aux organisations internationales d'exprimer, par le biais d'objections, leur point de vue sur la validité d'une réserve, eût-t-elle été formulée plus de douze mois plus tôt, ce qui ne va pas sans avantage, même si ces objections tardives ne produisent aucun effet juridique immédiat. En effet, la position des États et des organisations intéressés concernant la validité d'une réserve constitue pour l'interprète, qu'il s'agisse d'un organe de contrôle ou d'une juridiction internationale, un élément important à prendre en considération pour déterminer la validité de la réserve (voir aussi *supra* le paragraphe 108). Une objection, fût-elle formulée tardivement, constitue de surcroît un élément important permettant de nouer un dialogue réservataire[268].

139. Il découle cependant de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 qu'un État ou une organisation internationale qui n'a pas fait objection dans le délai de douze mois suivant la formulation de la réserve ou à la date de l'expression de son consentement à être lié par le traité est considéré comme ayant accepté la réserve avec toutes les conséquences que cela entraîne. Sans entrer dans les détails des effets d'une telle acceptation tacite, qui feront l'objet de plus amples développements dans le prochain rapport du Rapporteur spécial, il suffit d'indiquer qu'une telle acceptation a en principe pour effet que le traité entre en vigueur entre l'État (ou l'organisation internationale) réservataire et l'État (ou l'organisation) considéré comme ayant accepté la réserve. Une telle conséquence ne peut être remise en cause par une objection formulée plusieurs années après la date critique sans porter une atteinte grave à la sécurité juridique. La pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux confirme d'ailleurs cette façon de voir. Il reçoit les objections formulées tardivement et les communique aux autres États et organisations intéressés, non pas en tant qu'objections, mais en tant que «communications[269]».

140. Les États semblent d'ailleurs être sensibles au fait qu'une telle objection tardive ne peut produire les effets normaux d'une objection faite en temps utile. Le Royaume-Uni, dans l'objection (intervenue dans le délai requis de douze mois) à la réserve du Rwanda à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exprime le désir qu'il «soit pris note de ce qu'il adopte la même position [c'est-à-dire qu'il ne peut pas accepter une telle réserve] en ce qui concerne la réserve similaire [à celle du Rwanda] qu'a formulée la République démocratique allemande, réserve notifiée par sa lettre […] du 25 avril 1973[270]». Il est clair qu'en ce qui concerne la réserve de la République démocratique allemande, l'objection britannique était tardive. La formulation prudente de l'objection montre que le Royaume-Uni ne s'attendait pas à ce qu'elle produise les effets juridiques inhérents à une objection formulée dans le délai requis par l'article 20, paragraphe 5, de la Convention de Vienne de 1969.

141. La communication du Pérou du 21 janvier 2002 relative à une objection autrichienne tardive[271] – de quelques jours seulement – concernant sa réserve à la Convention de Vienne de 1969 est particulièrement intéressante:

---

[261] Riquelme Cortado, op. cit., p. 265.

[262] Les exemples cités ci-après sont exclusivement des cas identifiés par le Secrétaire général et, par conséquent, notifiés en tant que «communications». L'étude se révèle en effet compliquée par le fait que, dans la collection des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, ce n'est pas la date de la notification qui est indiquée, mais la date du dépôt de l'instrument comportant la réserve.

[263] Voir la liste très complète établie par Riquelme Cortado, op. cit., p. 265, note 316.

[264] Ibid., note 317.

[265] Voir les objections tardives à la déclaration du Pakistan (13 août 2002) relative à la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif: République de Moldova (6 octobre 2003), Fédération de Russie (22 septembre 2003) et Pologne (3 février 2004) [Nations Unies, *Traités multilatéraux…* (note 165 *supra*), vol. II, chap. XVIII.9, note 5]; et les objections tardives aux réserves formulées par les États suivants relative à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme: réserve de la Belgique (17 mai 2004): Fédération de Russie (7 juin 2005) et Argentine (22 août 2005); réserve de la Jordanie (28 août 2003): Belgique (24 septembre 2004), Fédération de Russie (1er mars 2005), Japon (14 juillet 2005) et Argentine (22 août 2005); réserve de la République populaire démocratique de Corée (12 novembre 2001, lors de la signature; faute de ratification, la réserve n'a pas été confirmée): République de Moldova (6 octobre 2003), Allemagne (17 juin 2004), Argentine (22 août 2005) [ibid., chap. XVIII.11, notes 4, 5 et 8].

[266] Voir les objections tardives du Portugal (15 décembre 2005) formulées à l'égard de la déclaration turque (9 août 2004) [ibid., chap. XVIII.8, note 14].

[267] Voir les objections tardives de l'Irlande (28 juillet 2003), du Royaume-Uni (31 juillet 2003), du Danemark (21 août 2003) et de la Norvège (29 août 2003) à la déclaration interprétative (considérée par les États objectants comme équivalant à une réserve interdite) de l'Uruguay (28 juin 2002) [ibid., chap. XVIII.10, note 7].

[268] À la suite de l'objection tardive formulée par la Suède, la Thaïlande a retiré sa réserve à la Convention relative aux droits de l'enfant (ibid., vol. I, chap. IV.11, note 13). Dans le cadre de la déclaration interprétative de l'Uruguay au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (voir *supra* la note 267), l'Uruguay a, par une communication du 21 juillet 2003, justifié sa déclaration et a assuré que cette déclaration interprétative ne constituait aucunement une réserve. Baratta considère que «[l]'objection est un instrument utilisé non seulement pour manifester la désapprobation d'une réserve formulée par une autre partie et parfois pour souligner son incompatibilité avec d'autres obligations découlant du droit international, mais aussi et surtout pour inciter l'auteur de la réserve à la reconsidérer, voire à la retirer» (op. cit., p. 319 et 320).

[269] *Précis de la pratique…* (voir *supra* la note 172), par. 213. On retrouve cependant dans *Traités multilatéraux…* (voir *supra* la note 165) plusieurs exemples d'objections tardives sous la rubrique «Objections». C'est notamment le cas de l'objection japonaise (27 janvier 1987) aux réserves de Bahreïn (2 novembre 1971) et du Qatar (6 juin 1986) à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Tandis que l'objection est largement tardive à l'égard de la réserve de Bahreïn, elle est faite dans les temps en ce qui concerne la réserve du Qatar; telle est sans doute la raison pour laquelle l'objection a été communiquée en tant que telle et non pas en tant que simple «communication» (ibid., chap. III.3). Cela est également le cas en ce qui concerne l'objection britannique (21 novembre 1975) à l'égard de la réserve du Rwanda (16 avril 1975), qui porte également sur la réserve de la République démocratique allemande (25 avril 1975) [voir *infra* le paragraphe 140].

[270] *Traités multilatéraux…* (voir *supra* la note 165), chap. IV.1.

[271] Cette objection tardive a été notifiée en tant que «communication» (ibid., vol. II, chap. XXIII.1, note 18).

[Le Gouvernement péruvien se réfère à la communication faite par le Gouvernement autrichien relative à la réserve faite par le Pérou lors de la ratification.] Ce document porte à la connaissance des États Membres le texte d'une communication du Gouvernement autrichien, dans laquelle celui-ci fait part de son objection à la réserve exprimée par le Gouvernement péruvien le 14 septembre 2000 lorsqu'il a déposé son instrument de ratification de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Comme on le sait [au Secrétariat], le paragraphe 5 de l'article 20 de la Convention de Vienne stipule qu'«une réserve est réputée avoir été acceptée par un État si ce dernier n'a pas formulé d'objection à la réserve [soit] à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification (…)». La ratification de la Convention par le Pérou et la formulation de la réserve en question ont été notifiées aux États Membres le 9 novembre 2000.

Étant donné que le Secrétariat a reçu la communication émanant du Gouvernement autrichien le 14 novembre 2001 et l'a diffusée auprès des États Membres le 28 novembre de la même année, la Mission permanente du Pérou considère que le Gouvernement autrichien a accepté tacitement la réserve formulée par le Gouvernement péruvien, le délai de 12 mois visé au paragraphe 5 de l'article 20 de la Convention de Vienne s'étant écoulé sans qu'aucune objection ait été émise. Le Gouvernement péruvien considère donc que la communication du Gouvernement autrichien, en raison de sa présentation tardive, n'a aucun effet juridique[272].

Bien qu'il semble être exagéré de considérer que la communication autrichienne n'a aucun effet juridique, la communication péruvienne montre tout à fait clairement qu'une objection tardive n'empêche pas la présomption de l'acceptation de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 de jouer.

142. Il se déduit de ce qui précède que si l'objection tardive peut constituer un élément important en vue de la détermination de la validité d'une réserve, elle n'est pas pour autant apte à produire les effets «normaux» d'une objection tels que les prévoient l'article 20, paragraphe 4 *b*, et l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986[273].

143. Il reste qu'il ne convient certainement pas de décourager les États de formuler des objections d'une façon tardive, tout au contraire. Mais il faut souligner que de telles objections tardives ne sont pas capables de produire les effets prévus par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. C'est le sens qu'il convient de donner à l'article 20, paragraphe 5, des Conventions.

«2.6.15 *Objections tardives*

«Une objection à une réserve formulée après l'expiration du délai prévu à la directive 2.6.13 ne produit cependant pas tous les effets juridiques d'une objection faite dans le respect de ce délai.»

144. La rédaction de ce projet de directive reste suffisamment souple pour laisser la place à la pratique étatique bien établie des objections tardives. Elle n'interdit pas aux États ou aux organisations internationales de formuler des objections après l'expiration du délai requis – soit douze mois (ou tout autre délai prévu par le traité) après la date à laquelle il a reçu notification de la réserve, soit après la date à laquelle il a exprimé son consentement à être lié par le traité, si celle-ci est postérieure. Il convient cependant de préférer le mot «formuler» à «faire» (voir *supra* le paragraphe 60) étant donné qu'une telle objection tardive ne peut pas produire les effets «normaux» d'une objection faite dans le délai prescrit par l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 repris par la directive 2.6.13 (Délai de formulation d'une objection). Le fait que l'objection tardive ne peut pas produire les effets «normaux» d'une objection ne signifie cependant pas qu'elle est dépourvue de tout effet (voir *supra* le paragraphe 138).

### 3. Retrait et modification des objections aux réserves

145. Comme c'est le cas s'agissant du retrait des réserves, la question du retrait des objections aux réserves n'est réglée par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 que de manière très incomplète[274] et n'y trouve que quelques réponses concernant sa forme et le moment auquel il peut intervenir et prendre effet. Quant à leur modification, elle n'y est pas évoquée du tout.

146. L'article 22 dispose:

2. À moins que le traité n'en dispose autrement, une objection à une réserve peut à tout moment être retirée.

3. À moins que le traité n'en dispose ou qu'il n'en soit convenu autrement:

*a*) […]

*b*) Le retrait d'une objection à une réserve ne prend effet que lorsque l'État qui a formulé la réserve a reçu notification de ce retrait.

Et l'article 23, paragraphe 4, précise la forme du retrait d'une objection:

Le retrait d'une réserve ou d'une objection à une réserve doit être formulé par écrit.

147. Les travaux de la Commission sont, sur le retrait des objections, très modestes. La question est absente des travaux des premiers rapporteurs spéciaux; cela n'est guère surprenant du fait de leur adhésion à la thèse traditionnelle de l'unanimité (voir *supra* le paragraphe 88) qui excluait logiquement qu'une objection pût être retirée. Tout aussi logiquement, c'est le premier rapport de Sir Humphrey Waldock, partisan du système souple, qui contient la première proposition de disposition concernant le retrait des objections aux réserves. Le projet d'article 19, paragraphe 5, qu'il proposait était ainsi rédigé:

Tout État qui a fait objection à une réserve peut à tout moment retirer unilatéralement cette objection, en tout ou en partie. Le retrait de l'objection se fait par notification écrite adressée au dépositaire des instruments relatifs au traité et, faute d'un dépositaire, à chacun des États qui sont parties au traité ou sont en droit de le devenir[275].

À la suite du remaniement complet des dispositions concernant la forme et la procédure relatives aux réserves et aux objections[276], ce projet d'article – qui ne faisait

[272] Ibid.

[273] Cela ne préjuge d'ailleurs pas la question de savoir si et comment la réserve réputée acceptée produit l'effet «normal» prévu à l'article 21, paragraphe 1, des Conventions de Vienne: pour réaliser cet effet, le consentement des autres États ne suffit pas; la réserve doit également remplir les conditions de validité énoncées aux articles 19 et 23 des Conventions.

[274] Surtout en ce qui concerne les effets du retrait des objections aux réserves (voir Szafarz, «Reservations to multilateral treaties», p. 314).

[275] *Annuaire… 1962*, vol. II, p. 71.

[276] Voir *supra* la note 132.

que reprendre *mutatis mutandis* la disposition analogue concernant le retrait d'une réserve[277] – a cependant été abandonné, sans que les raisons de cet abandon ressortent des travaux de la Commission. Il ne se retrouve ni dans le texte adopté en première lecture, ni dans le projet final de la Commission.

148. C'est seulement lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités que le problème du retrait des objections a été réintroduit dans le texte des articles 22 et 23, à la suite d'un amendement hongrois[278] qui alignait, de nouveau, la procédure de retrait des objections à celui des réserves. Comme l'avait expliqué M^me^ Bokor-Szegó au nom de la délégation hongroise,

> si l'on introduit une disposition sur le retrait des réserves, il est essentiel de mentionner également la possibilité de retirer les objections aux réserves, d'autant plus que cette possibilité existe déjà dans la pratique[279].

Le délégué italien à la Conférence a également plaidé en faveur d'un alignement de la procédure de retrait d'une objection à la réserve sur celle du retrait de la réserve:

> Les relations entre une réserve et une objection à une réserve sont les mêmes que celles qui existent entre la prétention et la contestation. L'extinction d'une prétention, ou le retrait d'une réserve, sont contrebalancés par l'extinction d'une contestation ou par le retrait d'une objection à une réserve, acte qui correspond lui aussi à un moment diplomatique et juridique de l'élaboration des traités[280].

149. La pratique étatique en la matière est cependant quasiment inexistante. Horn n'a pu identifier qu'un seul exemple de retrait clair et certain d'une objection[281]. En 1982, Cuba a notifié au Secrétaire général le retrait des objections faites lors de sa ratification de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide à l'égard des réserves aux articles IX et XII formulées par plusieurs États socialistes[282].

150. Bien que les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 ne soient pas très détaillées en ce qui concerne le retrait des objections, il ressort clairement des travaux préparatoires que, en principe, le retrait des objections suit les mêmes règles que le retrait des réserves, comme c'est le cas pour la formulation des objections par rapport à celle des réserves (voir *supra* les paragraphes 87 à 92). Pour expliciter et préciser les dispositions pertinentes, il suffit dès lors de s'inspirer des projets de directive déjà adoptés par la Commission concernant le retrait (et la modification) des réserves[283], en introduisant les changements nécessaires pour tenir compte de la spécificité des objections. Cette approche ne consiste cependant aucunement à faire revivre la théorie de parallélisme des formes[284]; il n'est pas question d'aligner la procédure de retrait des objections sur celle de leur formulation, mais d'appliquer au retrait d'une objection les mêmes règles que celles qui s'appliquent au retrait d'une réserve. Sans doute, les deux actes ont-ils des effets distincts sur la vie du traité et diffèrent-ils quant à leur nature ou quant à leurs destinataires. Néanmoins, ils sont suffisamment proches pour être soumis à des régimes formels et procéduraux comparables, comme cela a été suggéré lors des travaux préparatoires.

151. En suivant l'exemple des projets de directive concernant le retrait et la modification des réserves, il faut donc aborder cinq questions, concernant respectivement la forme et la procédure du retrait, ses effets, le moment où le retrait de l'objection produit ces effets, le retrait partiel et l'éventuelle aggravation de l'objection.

a) *La forme et la procédure du retrait des objections*

152. La question de la forme du retrait d'une objection trouve sa réponse dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, et plus particulièrement dans l'article 22, paragraphe 2, et l'article 23, paragraphe 4 (voir *supra* le paragraphe 145). Ni la possibilité de retirer une objection à tout moment, ni la forme nécessairement écrite d'un tel acte n'a besoin de longues explications et les dispositions des Conventions de Vienne se suffisent à elles-mêmes, surtout en raison de l'absence quasi totale de pratique étatique à ce sujet. Les règles applicables doivent logiquement être calquées sur celles relatives au retrait des réserves, aussi bien quant à la possibilité de retirer l'objection à tout moment que quant à la forme écrite.

153. Sur le premier de ces deux points, on notera cependant que le paragraphe 1 (relatif au retrait des réserves) et le paragraphe 2 (qui porte sur le retrait des objections) de l'article 22 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 sont rédigés en termes différents: alors que le paragraphe 1 prend soin de préciser que la réserve peut être retirée «sans que le consentement de l'État qui a accepté la réserve soit nécessaire pour son retrait[285]», le paragraphe 2 ne précise rien de tel en ce qui concerne les objections. Mais on ne saurait interpréter cette différence *a contrario*: s'il en est ainsi, c'est que, dans ce second cas, le caractère purement unilatéral du retrait relevait de l'évidence. La preuve en est, du reste, que la partie de l'amendement hongrois[286] tendant à aligner la rédaction du paragraphe 2 sur celle du paragraphe 1 fut écartée à la demande de la délégation britannique qui avait fait valoir

---

[277] Le projet d'article 17, paragraphe 6, disposait en effet: «Tout État qui a formulé une réserve peut à tout moment la retirer unilatéralement, en tout ou en partie, que les autres États intéressés l'aient acceptée ou rejetée. Le retrait de la réserve se fait par notification écrite adressée au dépositaire des instruments relatifs au traité et, faute de dépositaire, à chacun des États qui sont parties au traité ou sont en droit de le devenir» (*Annuaire… 1962*, vol. II, p. 69). L'analogie entre les deux textes a été soulignée par Sir Humphrey Waldock qui considérait dans les commentaires du projet d'article 19, paragraphe 5, que cette dernière disposition correspondait au projet d'article 17, paragraphe 6, et «n'appell[ait] donc pas d'autres explications» (ibid., p. 78, par. 22).

[278] A/CONF.39/L.18, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions* (note 142 *supra*), p. 287 et 288. L'amendement hongrois a été adopté, avec une légère modification, par 98 voix contre zéro, ibid., *deuxième session* (voir *supra* la note 164), 11^e^ séance plénière, p. 41, par. 41.

[279] Ibid., *deuxième session* (voir *supra* la note 164), p. 39, par. 14.

[280] Ibid., p. 40, par. 27.

[281] Horn, op. cit., p. 227.

[282] Nations Unies, *Traités multilatéraux…* (voir *supra* la note 165), chap. IV.1, p. 134, note 30.

[283] Il s'agit des projets de directives 2.5.1 à 2.5.11. Pour le texte et les commentaires de ces projets, voir *Annuaire… 2003*, vol. II (2^e^ partie), p. 72 à 94, par. 368.

[284] Voir *Annuaire… 2002* (note 2 *supra*), p. 24, par. 119.

[285] Sur ce point, voir le projet de directive 2.5.1 et le commentaire y relatif, ibid., p. 20, par. 85 à 90.

[286] A/CONF.39/L.18 (voir *supra* la note 278). Cet amendement est à l'origine de l'inclusion du paragraphe 2 dans l'article 23 (voir *supra* le paragraphe 148).

qu'il existe une différence de nature entre les réserves et les objections aux réserves; le consentement de l'État auteur de la réserve n'est évidemment pas requis pour le retrait de l'objection; une disposition expresse à cet effet donnerait à entendre qu'il existe quelque doute sur ce point[287].

Cela constitue une justification convaincante de la divergence de rédaction des deux dispositions, sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir.

154. En revanche, pour ce qui est de leur forme, réserves et objections sont traitées de la même manière au paragraphe 1 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

155. Au bénéfice de ces remarques, il semble donc légitime de reproduire purement et simplement dans les projets de directives 2.7.1 et 2.7.2 les règles énoncées respectivement dans l'article 22, paragraphe 2, et l'article 23, paragraphe 4, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, sans modification:

«2.7 *Retrait et modification des objections aux réserves*

«2.7.1 *Retrait des objections aux réserves*

«À moins que le traité n'en dispose autrement, une objection à une réserve peut être retirée à tout moment.

«2.7.2 *Forme du retrait des objections aux réserves*

«Le retrait d'une objection à une réserve doit être formulé par écrit.»

156. Quant aux questions relatives à la formulation et à la communication du retrait, ni la Convention de Vienne de 1969 ni celle de 1986 ne contiennent de précisions utiles ou spécifiques. Il ressort cependant des travaux préparatoires (voir *supra* les paragraphes 147 et 148) que la procédure de retrait d'une objection est identique à celle du retrait d'une réserve. Il suffit donc, dans le Guide de la pratique, de renvoyer aux dispositions pertinentes[288] relatives à la procédure du retrait d'une réserve qui restent applicables *mutatis mutandis* au retrait d'une objection[289].

«2.7.3 *Formulation et communication du retrait des objections aux réserves*

«Les directives 2.5.4, 2.5.5 et 2.5.6 sont applicables *mutatis mutandis* au retrait des objections aux réserves.»

b) *Les effets du retrait d'une objection*

157. Suivant une suggestion du Rapporteur spécial[290], la Commission a envisagé les effets du retrait d'une réserve en même temps qu'elle a étudié la procédure de retrait[291]. Mais, tandis que le retrait d'une réserve rétablit simplement l'intégrité du traité dans ses relations entre l'auteur de la réserve et les autres parties, le retrait d'une objection est susceptible de produire des effets multiples.

158. Il ne fait aucun doute qu'un État ou une organisation internationale qui retire son objection à une réserve doit être considéré comme l'ayant acceptée. Cela découle implicitement de la présomption de l'article 20, paragraphe 5, de la Convention de Vienne de 1969 qui assimile l'absence d'objection de la part d'un État ou d'une organisation internationale à une acceptation. Bowett affirme également que le retrait d'une objection à une réserve équivaut à l'acceptation de la réserve[292]. Il a même été affirmé que le retrait d'une objection constitue une forme spécifique d'acceptation d'une réserve[293].

159. Il est cependant douteux, et en tout cas prématuré[294], de soutenir que le retrait d'une objection a pour conséquence que «la réserve produit tous ses effets[295]».

---

[287] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session* (voir *supra* la note 164), p. 40, par. 31.

[288] Il s'agit des projets de directive suivants:

«2.5.4 [2.5.5] *Formulation du retrait d'une réserve au plan international*

«1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires de traités, une personne a compétence pour retirer une réserve formulée au nom d'un État ou d'une organisation internationale:

«*a*) [s]i 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*) [l]es chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;

«*b*) [l]es 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*) [l]es 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.»

«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 réserves*

«1. 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.

«2. 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 réserve*

«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.»

[*Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 71, par. 367.] Pour les commentaires de ces projets de directive, voir p. 79 à 84, par. 368 (ibid.).

[289] Voir *supra* la note 195.

[290] *Annuaire… 2002* (voir *supra* la note 2), p. 30, par. 152.

[291] Voir le projet de directive 2.5.7 (Effet du retrait d'une réserve) et le commentaire y relatif, *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 84 et 85.

[292] «Reservations to non-restricted multilateral treaties», p. 87 et 88. Voir également Migliorino, «La revoca di riserve e di obiezioni a riserve», p. 329.

[293] Szafarz, loc. cit., p. 314.

[294] La question des effets des réserves, des acceptations et des objections fera l'objet d'un rapport ultérieur, comme cela a été indiqué dans le Plan provisoire de l'étude (voir *supra* la note 7).

[295] Bowett, loc. cit., p. 88.

Les effets du retrait d'une objection ou de l'acceptation «différée» qui en résulte peuvent, en effet, être multiples et complexes en fonction d'éléments tenant à la nature non seulement de la réserve[296] mais aussi de l'objection elle-même[297]:

*a*) Si l'objection n'était pas accompagnée de la déclaration expresse prévue à l'article 20, paragraphe 4 *b*, de la Convention de 1969, la réserve produit ses effets «normaux» tels que les prévoit le paragraphe 1 de l'article 21.

*b*) Si l'objection était «maximum», le traité entre en vigueur entre les deux parties et la réserve produit ses pleins effets conformément aux dispositions de l'article 21.

*c*) Si l'objection constituait une cause empêchant l'entrée en vigueur du traité entre toutes les parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 20, ou à l'égard de l'État réservataire en application du paragraphe 4 du même article, le traité entre en vigueur (et la réserve produit ses effets[298]).

160. Adopter une disposition prévoyant l'ensemble des effets du retrait d'une objection non seulement paraît donc difficile en raison de la complexité de la question, mais encore risquerait de préjuger les travaux futurs de la Commission concernant les effets d'une réserve et de l'acceptation d'une réserve. À ce stade des travaux, il paraît donc plus prudent, et d'ailleurs suffisant, de constater que le retrait d'une objection à une réserve équivaut à son acceptation et que l'État ayant retiré son objection doit être considéré comme ayant accepté la réserve. Une telle disposition renvoie donc implicitement aux acceptations et à leurs effets.

«2.7.4 *Effet du retrait d'une objection*

«Un État qui retire une objection antérieurement formulée à l'encontre d'une réserve est considéré comme ayant accepté cette réserve.»

c) *La date d'effet du retrait d'une objection*

161. La Convention de Vienne de 1969 contient une disposition très claire en ce qui concerne le moment où le retrait d'une objection produit ses effets. Aux termes de l'article 22, paragraphe 3:

> À moins que le traité n'en dispose ou qu'il n'en soit convenu autrement:
>
> *a*) […]
>
> *b*) Le retrait d'une objection à une réserve ne prend effet que lorsque l'État qui a formulé la réserve a reçu notification de ce retrait.

162. Cette disposition se distingue de la règle analogue relative à la date d'effet d'une réserve en ce que, dans ce dernier cas, le retrait «ne prend effet à l'égard d'un autre État contractant que lorsque cet État en a reçu notification» (art. 22, par. 3 *a*). Les raisons de cette différence de rédaction sont aisément compréhensibles. Tandis que le retrait d'une réserve modifie, par hypothèse, le contenu des obligations conventionnelles entre l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve et l'ensemble des autres États contractants ou organisations contractantes, le retrait d'une objection à une réserve ne modifie en général que le rapport conventionnel bilatéral créé entre l'État ou l'organisation auteur de la réserve et celui qui avait objecté à la réserve. M[me] Bokor-Szegó, déléguée de la Hongrie lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités de 1969, expliquait ainsi la différence de rédaction entre l'alinéa *a* et l'alinéa *b* proposé par sa délégation (voir *supra* le paragraphe 148):

> [L]e retrait d'une objection ne concerne directement que l'État auteur de l'objection et l'État auteur de la réserve[299].

163. Cependant, comme cela a été indiqué au paragraphe 159 ci-dessus, les effets du retrait d'une objection à une réserve peuvent dépasser ce rapport strictement bilatéral entre l'auteur de la réserve et celui de l'objection. Tout en effet dépend du contenu et de l'intensité de l'objection: un retrait de celle-ci peut même avoir pour effet que le traité entre en vigueur entre tous les États et organisations internationales l'ayant ratifié. Cela est notamment le cas dans l'hypothèse où l'objection a pour effet d'empêcher le traité d'entrer en vigueur entre les parties à un traité à participation restreinte (art. 20, par. 2), ou dans le cas, plus improbable, où le retrait d'une objection fait de l'État ou de l'organisation internationale réservataire une partie au traité en question et porte ainsi le nombre des parties au-delà du nombre requis pour l'entrée en vigueur. On peut donc se demander s'il est légitime que la date d'effet du retrait d'une objection à une réserve ne dépende que de la notification du retrait à l'État réservataire qui est certes le principal intéressé, mais pas forcément le seul. Dans les hypothèses susmentionnées, une telle limitation de cette exigence de notification place les autres États ou organisations contractants dans l'impossibilité d'évaluer avec exactitude la date de l'entrée en vigueur du traité.

164. Cet inconvénient paraît cependant plus théorique que réel dès lors que le retrait d'une objection doit être communiqué non seulement à l'État réservataire, mais également à l'ensemble des États et organisations intéressés ou au dépositaire du traité qui effectuera cette communication[300].

165. Les autres inconvénients de la règle fixant la date de l'effet à la notification du retrait ont été discutés à propos des réserves par la Commission lors de l'adoption du projet de directive 2.5.8 (Date d'effet du retrait d'une réserve[301]). Ils tiennent, d'une part, à l'immédiateté de cet effet et, d'autre part, à l'incertitude dans laquelle se trouve

---

[296] Et à sa validité ou à sa non-validité – mais cela est un problème tout à fait différent.

[297] En ce sens, voir Szafarz, loc. cit., p. 314, et Migliorino, loc. cit., p. 329.

[298] De nombreux autres cas de figure sont possibles, en particulier si l'on admet la validité des réserves à effet «intermédiaire» ou «supermaximum». Pour un rappel des définitions de ces notions, voir *infra* les notes 307 à 310.

[299] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session* (voir *supra* la note 164), p. 39, par. 14.

[300] Cela résulte du projet de directive 2.7.3 et des projets de directives 2.5.6 (Communication du retrait d'une réserve) et 2.1.6 (Procédure de communication des réserves) auxquels il renvoie. Il en résulte que le retrait de l'objection doit être communiqué «aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties» [*Annuaire… 2003*, vol. II (2[e] partie), p. 69].

[301] Voir les commentaires du projet de directive 2.5.8 (Date d'effet du retrait d'une réserve), ibid., p. 85 à 88, par. 368.

l'auteur du retrait quant à la date de la notification à l'État ou à l'organisation internationale intéressé. Cela est également vrai en ce qui concerne le retrait d'une objection, mais n'est guère gênant[302]. En ce qui concerne l'immédiateté de l'effet du retrait, il ne faut pas oublier que le principal intéressé reste l'auteur de la réserve qui souhaite que sa réserve puisse produire tous ses effets à l'égard d'une autre partie contractante: plus vite l'objection sera retirée, mieux ce sera dans cette perspective.

166. Au bénéfice de ces remarques, il ne paraît donc pas nécessaire de modifier la règle énoncée dans l'article 22, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne de 1969. En effet, en prenant en compte la pratique récente des principaux dépositaires de traités multilatéraux et, en particulier, celle du Secrétaire général[303], qui utilisent des moyens de communication modernes et rapides pour la transmission des notifications, les États et organisations internationales autres que l'État ou l'organisation réservataire devraient normalement recevoir la notification au même moment que la partie directement intéressée. Il semble donc utile et justifié de reproduire purement et simplement la disposition de la Convention dans un projet de directive tout en signalant le problème dans le commentaire, comme cela a d'ailleurs été fait pour la règle analogue concernant le retrait d'une réserve[304].

167. Conformément à la pratique suivie par la Commission, il convient d'adopter un projet de directive reproduisant l'article 22, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne de 1986, qui est plus complet que la disposition correspondante de 1969 en ce qu'il tient compte des organisations internationales, sans pour autant en modifier le sens.

«2.7.5 *Date d'effet du retrait d'une objection*

«À moins que le traité n'en dispose autrement ou qu'il n'en soit convenu autrement, le retrait d'une objection à une réserve ne prend effet que lorsque l'État ou l'organisation internationale qui a formulé la réserve a reçu notification de ce retrait.»

168. Pour les raisons indiquées dans le commentaire du projet de directive 2.5.9 (Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve[305]), il convient également d'adopter un projet de directive partiellement analogue pour couvrir l'hypothèse où un État ou une organisation internationale ayant formulé une objection fixe lui-même ou elle-même d'une façon unilatérale la date d'effet du retrait de cette objection. Quant à l'hypothèse dans laquelle l'État auteur de l'objection décide de fixer comme date d'effet du retrait de son objection une date antérieure à la date à laquelle l'État réservataire a reçu notification du retrait – cas qui correspond à l'alinéa *b* du projet de directive 2.5.9[306], il suffit de constater qu'une telle façon de procéder place l'État réservataire dans une situation particulièrement inconfortable. L'État qui a retiré l'objection est considéré comme ayant accepté la réserve et peut donc, conformément aux dispositions de l'article 21, paragraphe 1, invoquer l'effet de la réserve sur une base de réciprocité. L'État réservataire ferait donc face à des obligations internationales sans en avoir eu connaissance, ce qui remet sérieusement en cause la sécurité juridique dans les relations conventionnelles. En conséquence, il convient d'omettre cette hypothèse dans le projet de directive 2.7.9, ce qui revient finalement à admettre que seule une date postérieure à la date de notification de la réserve peut être fixée par l'État auteur du retrait de l'objection.

«2.7.6 *Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait de l'objection à la réserve*

«Le retrait d'une objection à une réserve prend effet à la date fixée par son auteur lorsque cette date est postérieure à la date à laquelle l'État réservataire a reçu notification.»

d) *Le retrait partiel des objections et ses effets*

169. Comme cela est le cas pour le retrait d'une réserve, il est tout à fait concevable qu'un État (ou une organisation internationale) ajuste une objection faite à une réserve en la retirant seulement partiellement.

*a*) En premier lieu, un État pourrait transformer une objection à effet «maximum[307]» (voire «super-maximum[308]») ou «intermédiaire[309]» en une objection «normale» ou «simple[310]»; dans cette hypothèse, l'objection ainsi modifiée produit les effets prévus à l'article 23, paragraphe 3. Le passage d'une objection à effet maximum à une objection simple ou à effet intermédiaire entraîne en outre l'entrée en vigueur du traité entre l'auteur de la réserve et celui de l'objection[311].

---

[302] Ibid., p. 87, par. 12 du commentaire.

[303] Voir les paragraphes 14 à 18 du commentaire du projet de directive 2.1.6 (Procédure de communication des réserves), *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 41 à 43, par. 103. Voir aussi Kohona, «Some notable developments in the practice of the UN Secretary-General as depositary of multilateral treaties: reservations and declarations» et «Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depositary of multilateral treaties».

[304] Voir le projet de directive 2.5.8 et le commentaire y relatif, *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 85 à 88, par. 368.

[305] Ibid., p. 89.

[306] Ibid., par. 4 et 5 du commentaire du projet de directive 2.5.9.

[307] On parle d'objection à effet «maximum» lorsque son auteur a exprimé l'intention d'empêcher le traité d'entrer en vigueur entre lui-même et l'auteur de la réserve conformément aux dispositions de l'article 20, paragraphe 4 *b*, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Voir *Annuaire… 2003* (note 3 *supra*), p. 50, par. 95; voir aussi *supra* le paragraphe 103.

[308] Une objection à effet «super-maximum» consiste à constater non seulement que la réserve à laquelle il est fait objection n'est pas valide, mais aussi que, en conséquence, le traité s'applique *ipso facto* dans son ensemble dans les relations entre les deux États (ibid., par. 96).

[309] Par une objection à effet «intermédiaire», un État exprime l'intention d'être lié avec l'auteur de la réserve tout en estimant que l'exclusion des liens conventionnels doit aller au-delà de ce que prévoit le paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 (ibid., par. 95).

[310] On peut qualifier de «normale» ou «simple» une objection à effet «minimum» tel que le prévoit l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 (ibid.).

[311] Si, au contraire, une objection à effet «super-maximum» était abandonnée au profit d'une objection à effet «maximum», le traité cesserait d'être en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés; même en admettant qu'une objection à effet «super-maximum» soit valide, il y aurait là une aggravation de l'objection, ce qui n'est pas possible (voir *infra* les paragraphes 176 à 180 et le projet de directive 2.7.9).

*b*) En second lieu, rien ne paraît s'opposer à ce qu'un État «atténue» le contenu même de son objection (en acceptant certains aspects d'une réserve qui se prête à une telle décomposition[312]) tout en en maintenant le principe; dans ce cas, les relations entre les deux États sont réglées par la nouvelle formulation de l'objection.

170. À la connaissance du Rapporteur spécial, aucun cas d'un tel retrait partiel d'une objection n'existe dans la pratique étatique. Cela ne semble cependant pas suffisant pour ne pas envisager l'hypothèse. Dans son premier rapport sur le droit des traités, Sir Humphrey Waldock avait d'ailleurs expressément prévu la possibilité d'un tel retrait partiel. Le paragraphe 5 du projet d'article 19, entièrement consacré aux objections, mais qui a disparu par la suite du fait des modifications apportées à la structure même du projet d'articles (voir *supra* le paragraphe 89), disposait:

> Tout État qui a fait objection à une réserve peut à tout moment retirer unilatéralement cette objection, en tout ou *en partie**[313].

Les commentaires de cette disposition[314] présentés par le Rapporteur spécial ne fournissent aucune explication sur les raisons qui l'avaient poussé à la proposer. Il est cependant remarquable que ce projet d'article 19, paragraphe 5, soit, de nouveau, identique à la proposition correspondante concernant le retrait d'une réserve[315], ce qui a été expressément relevé par Sir Humphrey dans ses commentaires[316].

171. Malgré l'absence de toute pratique en la matière, il n'y a certainement aucune raison d'exclure la possibilité d'un retrait partiel d'une objection. À cet égard, le raisonnement qui a conduit la Commission à admettre la possibilité du retrait partiel des réserves[317] est transposable *mutatis mutandis* au retrait partiel des objections, quand bien même il s'agit ici avant tout, non pas d'assurer une application plus complète du traité mais, au contraire, de donner plein effet (ou davantage d'effet) à la réserve. En conséquence, de même que le retrait partiel d'une réserve suit les règles applicables à un retrait pur et simple[318], un alignement procédural semble s'imposer entre le retrait total et le retrait partiel d'une objection.

172. Il reste que la définition concise de ce qu'il faut entendre par «retrait partiel d'une objection» peut difficilement suivre le modèle retenu par la Commission pour définir le retrait partiel d'une réserve, qui, aux termes du projet de directive 2.5.10 «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[319]». En ce qui concerne le retrait partiel d'une objection, la difficulté de déterminer les effets du retrait total (voir *supra* les paragraphes 157 à 160) révèle l'ampleur des problèmes en cause: ici la réserve n'est pas acceptée purement et simplement, l'État ou l'organisation internationale objectant entend seulement moduler différemment les effets d'une objection qui, dans son principe, est maintenue. Or, sans qu'il soit possible ni utile de prendre position à ce stade sur les effets d'une objection, il ne fait aucun doute que ceux-ci sont très divers et s'exercent (principalement) dans les relations entre son auteur et celui de la réserve, comme le prévoit l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, mais aussi, le cas échéant, sur le traité lui-même si, par exemple, le retrait d'une objection à effet «maximum» au profit d'une objection simple permet l'entrée en vigueur du traité.

173. Compte tenu de cette complexité, il est sans doute prudent et suffisant d'adopter un projet de directive 2.7.7 rédigé en termes généraux:

«2.7.7 *Retrait partiel d'une objection*

«1. À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale peut retirer partiellement une objection à une réserve. Le retrait partiel atténue les effets juridiques de l'objection sur les relations conventionnelles entre l'auteur de l'objection et celui de la réserve ou sur le traité dans son ensemble.

«2. Le retrait partiel d'une objection est soumis aux mêmes règles de forme et de procédure qu'un retrait total et prend effet dans les mêmes conditions.»

174. Quant aux effets du retrait partiel, la difficulté de les déterminer *in abstracto*, appelle une directive suffisamment large et souple pour renfermer l'ensemble de cas de figure qui peuvent se présenter. La formule actuellement retenue s'agissant des effets du retrait partiel d'une réserve[320] semble satisfaire à ces exigences. En effet, le retrait partiel modifie l'objection initiale dans la mesure prévue par la nouvelle formulation. L'objection continue donc de produire ses effets tels que spécifiés par le nouveau texte.

175. Moins encore qu'au retrait partiel d'une réserve, il ne saurait être question ici de réaction possible de la part des autres États ou organisations internationales ou de l'État ou de l'organisation réservataire lui-même quant au retrait partiel de l'objection: l'objection elle-même

---

[312] Dans certains cas, la question de savoir si, dans cette seconde hypothèse, on est réellement en présence d'une telle «atténuation» peut prêter à discussion – mais ni plus ni moins que celle de savoir si la modification d'une réserve constitue un retrait partiel de celle-ci.

[313] *Annuaire… 1962*, vol. II, p. 71. Voir *supra* le paragraphe 147.

[314] Ibid., p. 78.

[315] Voir le projet d'article 17, paragraphe 6, ibid., p. 69.

[316] Ibid., p. 78.

[317] Voir le commentaire du projet de directive 2.5.10 (Retrait partiel d'une réserve), *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 91 et 92, par. 11 et 12 du commentaire.

[318] Voir le projet de directive 2.5.10 (Retrait partiel d'une réserve), paragraphe 2: «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» (ibid., p. 89).

[319] Ibid., par. 1.

[320] Voir le projet de directive 2.5.11 (Effet du retrait partiel d'une réserve):

«1. 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.

«2. 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.»

(Ibid., p. 93.)

produit ses effets indépendamment de toute réaction conformément à la faculté dont disposent les États ou les organisations internationales de faire des objections[321]. S'ils peuvent en faire comme ils l'entendent, ils peuvent également les retirer ou en atténuer les effets juridiques.

«2.7.8 *Effet du retrait partiel d'une objection*

«Le retrait partiel d'une objection modifie l'effet juridique de l'objection dans la mesure prévue par la nouvelle formulation de l'objection.»

e) *L'aggravation d'une objection à une réserve*

176. Ni les travaux préparatoires de la Commission, ni les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ne contiennent de dispositions ou d'indications concernant la question de l'aggravation d'une objection préalablement faite par un État ou une organisation internationale, et la pratique étatique est absente en la matière.

177. Théoriquement, il est certes envisageable qu'un État ou une organisation internationale qui a déjà fait une objection à une réserve puisse vouloir aggraver la portée de son objection, par exemple en l'assortissant de la précision prévue à l'article 20, paragraphe 4 *b*, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986: l'objection simple, qui n'empêche pas l'entrée en vigueur du traité entre la partie réservataire et la partie auteur de l'objection, deviendrait ainsi une objection qualifiée excluant tout lien conventionnel entre la partie réservataire et l'auteur de l'objection. Cet exemple suffit d'ailleurs à montrer les problèmes de sécurité juridique qu'une telle démarche susciterait. Toute velléité d'aggraver la portée de l'objection remet sérieusement en question le statut du traité dans les relations bilatérales entre la partie réservataire et l'auteur de la nouvelle objection. Au surplus, étant donné que la partie réservataire ne dispose en principe pas d'un droit de réponse à l'objection, admettre l'aggravation de la portée d'une objection reviendrait à exposer l'État réservataire au bon vouloir de l'auteur de l'objection, qui pourrait moduler les relations conventionnelles entre lui-même et la partie réservataire à sa guise et à tout moment.

178. L'absence de pratique étatique s'explique donc aisément et donne à penser que les États et les organisations internationales considèrent que l'aggravation de la portée d'une objection n'est tout simplement pas possible.

179. D'autres considérations viennent à l'appui de cette conclusion. Dans le cadre de ses travaux sur les réserves, la Commission a déjà traité les questions voisines de l'aggravation de la portée d'une réserve[322] et de l'aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle[323]. Dans les deux cas, l'aggravation se comprend comme la formulation tardive d'une nouvelle réserve ou d'une nouvelle déclaration interprétative conditionnelle[324]. En revanche, un État ou une organisation internationale qui retire son objection à une réserve est considéré comme ayant accepté cette réserve (voir *supra* les paragraphes 157 à 160), ce qui l'empêche, par la suite, de la contester à nouveau. D'autre part, en raison de la présomption de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, une formulation tardive d'une objection ne saurait avoir d'effet juridique. Toute déclaration formulée après l'expiration du délai de douze mois, ou de tout autre délai prévu par le traité en cause, ne s'analyse plus comme une objection proprement dite mais comme la répudiation d'une acceptation préalable, au mépris de l'engagement pris à l'égard de l'État réservataire[325], et la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux confirme cette conclusion[326].

180. En conséquence, il paraît nécessaire de préciser fermement dans un projet de directive 2.7.9 que l'aggravation d'une objection à une réserve n'est pas possible:

«2.7.9 *Interdiction de l'aggravation d'une objection à une réserve*

«Un État ou une organisation internationale qui a fait une objection à une réserve ne peut pas postérieurement aggraver la portée de ladite objection.»

---

[321] Voir *supra* les paragraphes 60 à 67 et le projet de directive 2.6.3 (Faculté de faire des objections).

[322] Voir le projet de directive 2.3.5 (Aggravation de la portée d'une réserve) et le commentaire y relatif, *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 113, par. 295.

[323] Voir le projet de directive 2.4.10 (Atténuation et aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle) et le commentaire y relatif, ibid., p. 116.

[324] Voir le commentaire du projet de directive 2.3.5, ibid., par. 1, et le commentaire du projet de directive 2.4.10, ibid., par. 1.

[325] Voir aussi *supra* les paragraphes 136 à 144.

[326] Voir *supra* le paragraphe 139 et la note 269.

# EXPULSION DES ÉTRANGERS

[Point 8 de l'ordre du jour]

**DOCUMENT A/CN.4/573**[*]

## Deuxième rapport sur l'expulsion des étrangers, par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial

*[Original: français]*
*[20 juillet 2006]*

## TABLE DES MATIÈRES


| | | Pages |
|---|---|---|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | | 224 |
| Ouvrages cités dans le présent rapport | | 226 |
| | *Paragraphes* | |
| INTRODUCTION | 1-43 | 227 |
| A. Historique du sujet | 2-5 | 227 |
| B. Examen du rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers | 6-14 | 228 |
| 1. Examen par la Commission | 7-9 | 228 |
| 2. Examen par la Sixième Commission | 10-14 | 228 |
| C. Développements récents en rapport avec le sujet | 15-35 | 229 |
| 1. Pratique récente de quelques États | 16-26 | 229 |
| *a*) Lutte contre le terrorisme et expulsion | 17-19 | 229 |
| *b*) Immigration irrégulière et expulsion | 20-26 | 230 |
| 2. Migrations internationales: rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales | 27-30 | 232 |
| 3. Conférence ministérielle eurafricaine sur la migration et le développement (Rabat, 10 et 11 juillet 2006) | 31-35 | 233 |
| D. Portée du sujet | 36-41 | 234 |
| E. Présentation générale du présent rapport | 42-43 | 234 |
| RÈGLES GÉNÉRALES | 44-194 | 235 |
| *Chapitres* | | |
| I. CHAMP DU SUJET | 45-122 | 235 |
| A. Étrangers résidant légalement sur le territoire de l'État expulsant | 50-53 | 236 |
| B. Étrangers en situation irrégulière | 54-56 | 236 |
| C. Réfugiés | 57-71 | 237 |
| D. Personnes déplacées | 72 | 239 |
| E. Demandeurs et bénéficiaires d'asile | 73-99 | 239 |
| 1. Notion | 73-77 | 239 |
| 2. Types d'asile | 78-95 | 239 |
| 3. Demandeurs d'asile et réfugiés | 96-99 | 241 |
| F. Apatrides | 100-104 | 242 |
| G. Anciens ressortissants | 105-109 | 242 |
| H. Étrangers du fait de la perte de nationalité à la suite de la naissance d'un État nouveau | 110-111 | 243 |
| I. Ressortissants d'un État en situation de conflit armé avec l'État d'accueil | 112-115 | 244 |
| J. Travailleurs migrants | 116-122 | 244 |


[*] Incorporant le document A/CN.4/573/Corr.1.

| *Chapitres* | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|
| II. DÉFINITIONS | 123-194 | 245 |
| A. Étranger | 124-152 | 246 |
| 1. National | 127-129 | 246 |
| 2. Citoyen | 130-132 | 246 |
| 3. Sujet | 133-135 | 247 |
| 4. Ressortissant | 136-152 | 247 |
| B. Expulsion | 153-194 | 251 |
| 1. Expulsion et notions voisines | 154-177 | 251 |
| *a*) Déportation | 155-158 | 251 |
| *b*) Extradition | 159-161 | 252 |
| *c*) Éloignement | 162-164 | 252 |
| *d*) Reconduite à la frontière | 165-166 | 253 |
| *e*) Refoulement | 167-170 | 253 |
| *f*) Non-admission | 171-173 | 254 |
| *g*) Transfèrement ou transfert, remise | 174-177 | 255 |
| 2. Territoire, frontière et expulsion | 178-186 | 255 |
| *a*) Territoire | 179-182 | 256 |
| *b*) Frontière | 183-186 | 256 |
| 3. Éléments constitutifs de l'expulsion | 187-194 | 257 |
| *a*) Acte ou comportement | 188-192 | 257 |
| *b*) Contrainte | 193-194 | 257 |


## Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

| | *Sources* |
|---|---|
| Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919] | H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens*, 3e série, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t. XI, p. 323. |
| Traité entre les principales Puissances alliées et associées et la Pologne (Versailles, 28 juin 1919) | Ibid., 1925, t. XIII, p. 504. |
| Convention fixant les règles à observer pour la concession du droit d'asile, adoptée par la VIe Conférence internationale américaine (La Havane, 20 février 1928) | Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXXXII, no 3046, p. 323. |
| Convention sur l'asile politique (Montevideo, 26 décembre 1933) | *Final Act of the Seventh International Conference of American States*, Montevideo, 3-26 décembre 1933, p. 168. |
| Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Londres, 8 août 1945) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, no 251, p. 279. |
| Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés et Accord relatif aux dispositions provisoires devant être prises à l'égard des réfugiés et personnes déplacées (New York, 15 décembre 1946) | Ibid., vol. 18, no 283, p. 3. |
| Convention no 97 de l'Organisation internationale du Travail concernant les travailleurs migrants (révisée) [Genève, 1er juillet 1949] | Ibid., vol. 120, no 1616, p. 71. |
| Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Genève, 12 août 1949) | Ibid., vol. 75, nos 970 à 973, p. 31 et suiv. |
| Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne | Ibid., no 970, p. 31. |
| Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer | Ibid., no 971, p. 85. |
| Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre | Ibid., no 972, p. 135. |
| Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre | Ibid., no 973, p. 287. |

| | *Sources* |
|---|---|
| Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950] | Ibid., vol. 213, nº 2889, p. 221. |
| Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951) | Ibid., vol. 189, nº 2545, p. 137. |
| Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967) | Ibid., vol. 606, nº 8791, p. 267. |
| Convention sur l'asile diplomatique (Caracas, 28 mars 1954) | Ibid., vol. 1438, nº 24377, p. 101. |
| Convention sur l'asile territorial (Caracas, 28 mars 1954) | Ibid., vol. 1438, nº 24378, p. 127. |
| Convention relative au statut des apatrides (New York, 28 septembre 1954) | Ibid., vol. 360, nº 5158, p. 117. |
| Convention européenne d'établissement (Paris, 13 décembre 1955) | Ibid., vol. 529, nº 7660, p. 141. |
| Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), intégrant les modifications apportées par le Traité de Nice du 26 février 2001 | Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, vol. 45, nº C 325 (24 décembre 2002), p. 33. |
| Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 359, nº 5146, p. 273. |
| Convention sur la réduction des cas d'apatridie (New York, 30 août 1961) | Ibid., vol. 989, nº 14458, p. 175. |
| Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963) | Ibid., vol. 596, nº 8638, p. 261. |
| Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, concernant le règlement obligatoire des différends (Vienne, 24 avril 1963) | Ibid., nº 8640, p. 487. |
| Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) | Ibid., vol. 999, nº 14668, p. 171. |
| Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) | Ibid. |
| Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (Addis-Abeba, 10 septembre 1969) | Ibid., vol. 1001, nº 14691, p. 45. |
| Convention américaine relative aux droits de l'homme («Pacte de San José de Costa Rica») [San José, 22 novembre 1969] | Ibid., vol. 1144, nº 17955, p. 123. |
| Convention nº 143 de l'Organisation internationale du Travail sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants (Genève, 24 juin 1975) | Ibid., vol. 1120, nº 17426, p. 323. |
| Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984) | Ibid., vol. 1465, nº 24841, p. 85. |
| Acquis de Schengen - Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (Schengen, 14 juin 1985) | *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 239 (22 septembre 2000), p. 13 à 18. |
| Acquis de Schengen - Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (Schengen, 19 juin 1990) | Ibid., p. 19 à 62. |
| Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (New York, 18 décembre 1990) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2220, nº 39481, p. 3. |
| Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes (Amsterdam, 2 octobre 1997) | *Journal officiel des Communautés européennes*, nº C 340 (10 novembre 1997), p. 1. |
| Convention européenne sur la nationalité (Strasbourg, 6 novembre 1997) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2135, nº 37248, p. 213. |
| Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) | Ibid., vol. 2187, nº 38544, p. 3. |
| Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part (Cotonou, 23 juin 2000) | *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 317, vol. 43 (15 décembre 2000), p. 3. |

## Ouvrages cités dans le présent rapport


ABRAHAM, Ronny

«La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile», *Revue française de droit administratif*, Paris, vol. 8, nº 1 (janvier-février 1992), p. 90 à 103.

ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL

«Report and draft conventions on diplomatic and territorial asylum», *Report of the fifty-fifth conference held at New York, 21-26 August 1972*, Londres, 1974, p. 196 à 211.

BASDEVANT, Jules

*Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960.

BENOÎT-ROHMER, Florence

«Reconduite à la frontière: développements récents», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, t. 110 (1994), p. 429 à 478.

BOECK, Charles (DE)

«L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1927-III*, t. 18, Paris, Hachette, 1928, p. 447 à 647.

BORCHARD, Edwin M.

*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, Banks Law Publishing Co., 1919.

BROWNLIE, Ian

*Principles of Public International Law*, 6e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003.

CHALTIEL, Florence

«Le juge administratif, juge de l'immigration», *Revue du droit public*, Paris, vol. 116 (2000), p. 153 à 193.

CHOLEWINSKI, Ryszard

*Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

DAILLIER Patrick et Alain PELLET

*Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.

DENT, John A.

*Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe*, Londres, Conseil européen sur les réfugiés et les exilés, 1998.

DOEHRING, Karl

«Aliens, expulsion and deportation», dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8, Amsterdam, Elsevier, 1985, p. 14 à 16.

DRAPER, Gerald

*The Red Cross Conventions*, New York, Praeger, 1958.

ECONOMIDES, Constantin P.

«Les effets de la succession d'États sur la nationalité des personnes physiques», *RGDIP*, vol. 103/1999/3, p. 577 à 599.

ELLES, baronne

*Dispositions internationales pour la protection des droits de l'homme des non-ressortissants*, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.XIV.2 (E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1).

FABRE-ALIBERT, Véronique

«Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, t. 110 (1994), p. 1165 à 1195.

FAVOREU, Louis et Loïc PHILIP

*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 5e éd., Paris, Sirey, 1989.

FLECK, Dieter (dir. publ.)

*The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

FRANCK, Claude

«L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature», *La Semaine juridique*, vol. 60, nº 38 (17 septembre 1986), doctrine 3256.

GAJA, Giorgio

«Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. III, Elcano, Aranzadi, 1999, p. 283 à 314.

GARNER, Bryan A.

*A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 1995.

GARNER, Bryan A. (dir. publ.)

*Black's Law Dictionary*, 8e éd., St. Paul (Minn.), West, 2004.

GAY, Jean-Christophe

*Les discontinuités spatiales*, Paris, Economica, 1995.

GENEVOIS, Bruno

«Un statut constitutionnel pour les étrangers», *Revue française de droit administratif*, vol. 9, nº 5 (septembre-octobre 1993), p. 871 à 900.

GRAHL-MADSEN, Atle

*The Status of Refugees in International Law*, vol. II: *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden, Sijthoff, 1972.

GRIFFIN, W. Martin

«Colonial expulsion of aliens», *American Law Review*, St. Louis, vol. XXXIII (1899), p. 90 à 96.

GUIMEZANES, Nicole

«La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France», *La Semaine juridique*, Édition générale, nº 3, 1987, partie I, doctrine 3270.

HAËM, Rudolph (D')

*La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Paris, Presses universitaires de France (Que sais-je?), 1997.

HATHAWAY, James C.

*The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

«Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers», *Annuaire*, vol. 11 (1891-1892), session de Hambourg, septembre 1892, Bruxelles, Weissenbruch, 1892.

«Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers», *Annuaire*, vol. 12 (1892-1894), session de Genève, septembre 1892, Paris, Pedone.

«Régime de la neutralité», *Annuaire*, vol. 21, session de Gand, septembre 1906, Paris, Pedone, 1907.

«Statut juridique des apatrides et des réfugiés», *Annuaire*, vol. 39-II, session de Bruxelles, avril 1936, Bruxelles, Falk, 1936.

«L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)», *Annuaire*, vol. 43-II, session de Bath, septembre 1950, Bâle, Éditions juridiques et sociologiques, 1950.

JAHN, Eberhard

«Refugees», dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, p. 72 à 76.

JENNINGS, Sir Robert et Sir Arthur WATTS (dir. publ.)

*Oppenheim's International Law*, vol. I: *Peace*, 9e éd., Harlow, Longman, 1992.

JULIEN-LAFERRIÈRE, François

«Le mythe de "l'immigration zéro"», *L'actualité juridique: droit administratif*, no 2 (20 février 1994), p. 83 à 95.

KISS, Alexandre-Charles

*Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, t. II, 1966, et t. VI, 1969.

LADHARI, Mohamed

«La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière», *Les Petites Affiches*, no 96 (10 août 1990), p. 13 à 26.

LOCHAK, Danièle

«L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence», *L'actualité juridique: droit administratif*, no 10 (20 octobre 1989), p. 586 à 597.

MANGOLDT, Hans (VON)

«Stateless persons», dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, p. 656 à 660.

MILLER, Hunter (dir. publ.)

*Treaties and Other International Acts of the United States of America*, vol. 2, documents 1 à 40: 1776-1818, Washington, Government Printing Office, 1931.

*Treaties and Other International Acts of the United States of America*, vol. 4, documents 80 à 121: 1836-1846, Washington, Government Printing Office, 1934.

NOREK, Claude

«Le droit d'asile en France dans la perspective communautaire», *Revue française de droit administratif*, Paris, vol. 5, no 2 (mars-avril 1989), p. 200 à 206.

PARRY, Clive (dir. publ.)

*The Consolidated Treaty Series*, vol. 88, 1838-1839, Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1969.

PELLONPÄÄ, Matti

*Expulsion in International Law: A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1984, p. 292.

PILLET, A. et J.-P. NIBOYET

*Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1924.

REWALD, Roman

«Judicial control of administrative discretion in the expulsion and extradition of aliens», *American Journal of Comparative Law*, vol. 34 (supplément), 1986, p. 451 à 465.

RIVIER, Alphonse

*Principes du droit des gens*, t. 1, Paris, Arthur Rousseau, 1896.

ROUSSEAU, Charles

*Droit international public*, vol. II: *Les sujets de droit*, Paris, Sirey, 1974.

SALMON, Jean (dir. publ.)

*Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

SANDOZ, Yves, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (dir. publ.)

*Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR/ Martinus Nijhoff, 1986.

SOHN, Louis B. et Thomas BUERGENTHAL (dir. publ.)

*The Movement of Persons Across Borders*, Washington, The American Society of International Law, 1992, Studies in Transnational Legal Policy no 23.

TEITGEN-COLLY, Catherine et François JULIEN-LAFERRIÈRE

«Chronique de législation: étrangers», *L'actualité juridique: droit administratif*, Paris, no 11 (20 novembre 1998), p. 922 à 930.

TREBILCOCK, Anne M.

«Sex discrimination», dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, p. 390 à 394.

TURPIN, Dominique

«La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980», *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 41 à 57.

«Les nouvelles conditions de l'expulsion des réfugiés», *Revue française de droit administratif*, vol. 2, no 2 (mars-avril 1986), p. 137 à 154.

VINCENT, J.-Y.

«Le nouveau régime de l'entrée et du séjour des étrangers en France», *La Revue administrative*, no 196 (juillet-août 1980), p. 363 à 382.

«La réforme de l'expulsion des étrangers par la loi du 29 octobre 1981», *La Semaine juridique*, Édition générale, 1982, partie I, doctrine 3054.

VISSCHER, Charles (DE)

*Théories et réalités en droit international public*, 3e éd., Paris, Pedone, 1960.

WARZAZI, Halima Embarek

«Exploitation de la main-d'œuvre par un trafic illicite et clandestin» (E/CN.4/Sub.2/L.640 du 20 novembre 1975), Nations Unies, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, vingt-neuvième session.

WHITEMAN, Marjorie M.

*Digest of International Law*, vol. 10, Washington, Department of State, 1968.

# Introduction

1. Il convient de débuter ce deuxième rapport par un bref historique du sujet à l'examen, le Rapporteur spécial n'ayant pas sacrifié à cette tradition dans son rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers[1]. Suivront un rappel succinct des principales idées suscitées par le rapport préliminaire et un exposé des développements récents en rapport avec le sujet, avant une présentation générale du présent rapport.

## A. Historique du sujet

2. En 1998, à sa cinquantième session, la Commission du droit international a pris note du rapport du Groupe de travail identifiant, entre autres, le sujet «Expulsion d'étrangers» comme pouvant figurer au programme de travail à long terme de la Commission[2].

[1] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/554, p. 201.

[2] *Annuaire… 1998*, vol. II (2e partie), p. 115, par. 554.

3. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a inscrit le sujet intitulé «L'expulsion d'étrangers» à son programme de travail à long terme[3], et l'esquisse d'un schéma général préliminaire susceptible de fournir quelques indications sur le sujet était annexée au rapport de la Commission[4]. L'Assemblée générale a pris note de cette inscription au paragraphe 8 de sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000.

4. À sa cinquante-sixième session, en 2004, la Commission a décidé d'inscrire le sujet «Expulsion des étrangers» à son programme de travail en cours et a nommé M. Maurice Kamto Rapporteur spécial pour ce sujet[5]. L'Assemblée générale, au paragraphe 5 de sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004, a approuvé cette décision de la Commission.

5. À la cinquante-septième session de la Commission, en 2005, le Rapporteur spécial a présenté son rapport préliminaire[6] que la Commission a examiné lors de ses 2849e à 2852e séances, du 11 au 15 juillet 2005[7].

### B. Examen du rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers

6. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a exposé sa compréhension du sujet, dont il a esquissé les contours, et a sollicité l'avis de la Commission sur quelques aspects méthodologiques susceptibles d'orienter son travail futur.

#### 1. Examen par la Commission

7. La Commission a approuvé l'essentiel des options du Rapporteur spécial ainsi que l'esquisse du plan de travail annexée à son rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers. Toutefois, il a été suggéré que ce plan de travail devait inclure quelques précisions mettant en relief certains principes applicables en matière d'expulsion des étrangers. Il a été proposé en particulier de prendre en considération, notamment: les dispositions du droit international des droits de l'homme exigeant la conformité des décisions d'expulsion à la loi, signifiant par là aussi bien les règles de procédure que les conditions de l'expulsion; l'application du principe de non-discrimination; la recherche de l'équilibre entre l'intérêt de l'État expulsant et les droits de l'expulsé à une vie privée et à une vie familiale; l'examen de la question du risque de violation des droits de l'individu dans l'État de destination.

8. Comme l'a expliqué le Rapporteur spécial, ces principes qui sont au cœur du problème de l'expulsion de l'étranger en droit international n'étaient évidemment pas perdus de vue; mais il ne lui avait pas paru approprié de les examiner dans le cadre d'un rapport préliminaire. En revanche, le chapitre II de la première partie de son projet de plan de travail, consacré aux «Principes généraux», indiquait très clairement que l'ensemble des principes pertinents applicables en la matière seraient étudiés de manière approfondie dans les rapports subséquents.

9. Certains membres de la Commission ont estimé qu'il ne fallait pas inclure dans le sujet les questions du refus d'admission et de l'immigration, des mouvements de population, des situations de décolonisation et d'autodétermination, ainsi que celle des territoires occupés du Moyen-Orient. Toutefois, la Commission est d'avis avec le Rapporteur spécial que le projet d'articles à élaborer sur ce sujet doit présenter un régime juridique le plus exhaustif possible assis sur des principes fondamentaux formant le socle juridique sur lequel repose l'expulsion des étrangers en droit international.

#### 2. Examen par la Sixième Commission

10. Les représentants de plusieurs États ont pris la parole lors de l'examen par la Sixième Commission du chapitre VIII (Expulsion des étrangers) du rapport de la CDI[8] à l'Assemblée générale à sa soixantième session. De manière générale, ils ont relevé l'importance, l'intérêt et l'actualité du sujet, mais aussi sa complexité et sa difficulté[9]. Dans l'ensemble ils ont, comme la CDI elle-même, clairement apporté leur soutien à l'approche générale du sujet proposée par le Rapporteur spécial[10].

11. Lors des débats, diverses suggestions ont été faites. Ainsi, sur le plan de la démarche, a-t-on estimé que la codification de ce sujet exigeait, comme l'avait indiqué le Rapporteur spécial lui-même, une étude comparative approfondie des législations nationales, en particulier au cas où seraient examinées les questions des motifs de l'expulsion[11], des règles pertinentes du droit international ainsi que de la jurisprudence internationale et régionale pertinente[12]. Dans le même ordre d'idées, il a été suggéré que soit pris en considération le travail effectué ces quatre dernières années par l'Initiative de Berne et l'Organisation internationale pour les migrations ainsi que par la Commission mondiale sur les migrations internationales qui a présenté son rapport au Secrétaire général le 5 octobre 2005[13].

12. Sur le fond, les suggestions sont plus variées et parfois contradictoires s'agissant en particulier de la portée du sujet. Ainsi, alors que certains représentants soutiennent par principe l'exclusion du champ du sujet de tous les aspects touchant à la politique d'immigration ou de

---

[3] *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), p. 138, par. 729.

[4] Ibid., annexe, p. 148 à 150.

[5] *Annuaire… 2004*, vol. I, 2830e séance, par. 4. Voir aussi ibid., vol. II (2e partie), p. 128, par. 364.

[6] Voir *supra* la note 1.

[7] *Annuaire… 2005*, vol. I, p. 131 à 160.

[8] Ibid., vol. II (2e partie), p. 54.

[9] Voir le résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission lors de la soixantième session de l'Assemblée générale (A/CN.4/560), par. 128 à 152.

[10] Voir notamment les interventions de la Chine [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 54], du Canada [ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 111 et 112] et de la Pologne [ibid., 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 62 à 64].

[11] Voir les interventions de l'Autriche [ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 66] et du Japon [ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 8 et 9].

[12] Voir l'intervention précitée de la Chine (note 10 *supra*) et les interventions de la Roumanie [ibid., 12e séance (A/C.6/60/SR.12), par. 78] et de la Nouvelle-Zélande (ibid., par. 109 et 110).

[13] Voir l'intervention précitée du Canada (note 10 *supra*).

contrôle aux frontières (non-admission et refoulement)[14], d'autres au contraire estiment que le cas du refus d'entrée à un immigrant se trouvant à bord d'un navire ou d'un aéronef sous contrôle de l'État expulsant devrait être considéré comme entrant dans le cadre de l'expulsion[15]. Il a été suggéré par ailleurs que ne soient pas non plus incluses dans le sujet les questions relevant du droit international humanitaire[16], en l'occurrence l'expulsion des ressortissants des États belligérants en cas de conflit armé, ou encore celles de l'expulsion à grande échelle de populations à la suite d'un différend territorial[17]. En outre, on a attiré l'attention sur la nécessité d'examiner la question du retour de l'expulsé dans l'État d'expulsion, y compris le retour des apatrides qui ont été déchus de leur nationalité avant l'obtention d'une nouvelle nationalité[18]. Dans cet ordre d'idées, il a été suggéré que la décision d'un gouvernement d'expulser des étrangers ne devrait pas obliger d'autres États à recevoir ces personnes. Pareillement a été évoquée la question des États de transit de la personne expulsée avec la suggestion que ces États ne devraient pas non plus avoir l'obligation de réadmettre les étrangers expulsés sur leur territoire.

13. Une délégation a exprimé avec insistance des doutes sur l'autonomie du sujet par rapport au droit international conventionnel et coutumier existant ainsi que sur la qualification de l'acte d'expulsion comme «acte unilatéral de l'État». La même délégation pense que la référence à la protection diplomatique est mal venue dans le cadre du présent sujet pour le motif que cette institution n'est utilisée qu'en cas de violation du droit international par un État et uniquement après l'épuisement des voies de recours internes[19].

14. Les questions et les doutes contenus dans ces interventions trouveront réponse ou seront dissipés dans le présent rapport et les rapports subséquents du Rapporteur spécial. Qu'il suffise de dire à ce stade, d'une part, que s'il existe en la matière, comme le reconnaît l'intervention précédente, des règles de droit coutumier, alors le sujet à l'examen se prête à la codification sans que besoin soit de démontrer son autonomie par rapport à des matières connexes déjà régies par des conventions internationales; d'autre part, que la référence à la protection diplomatique ne vise pas à reprendre l'ouvrage sur ce sujet dont l'étude est pratiquement achevée au sein de la Commission avec à la clef un projet d'articles adopté par la Commission. Écarter par principe la protection diplomatique serait présumer que l'expulsion ne peut jamais se faire en violation du droit international, ce qui paraît peu probable. Le Rapporteur spécial demeure convaincu que la responsabilité d'un État peut être engagée à raison des conditions d'expulsion d'un étranger sur son territoire. La jurisprudence arbitrale de la fin du XIX[e] siècle et du début du XX[e] siècle[20] le montre à suffisance; l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*[21], pendante devant la Cour internationale de Justice, donne également des indications dans le même sens, sous réserve de ce que décidera la Cour dans cette affaire. Toutefois, il n'entre pas dans l'intention du Rapporteur spécial d'élaborer un régime de responsabilité spécial en la matière; il entend procéder par renvoi aux règles pertinentes de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

## C. Développements récents en rapport avec le sujet

15. En prévoyant l'examen de ce point, le Rapporteur spécial n'entend pas faire un exposé des évolutions de la question de l'expulsion des étrangers intervenues au cours des années récentes, ou même postérieurement à son rapport préliminaire. Il se propose plus modestement de faire une présentation des principales tendances de la pratique des États en la matière depuis la rédaction dudit rapport préliminaire ainsi que des réflexions touchant au sujet en cours au sein de l'Organisation des Nations Unies et dans d'autres forums internationaux. L'actualité jurisprudentielle et doctrinale, quant à elle, sera exploitée en temps opportun, en fonction de la question abordée, afin d'éviter le risque de répétition qu'entraînerait nécessairement sa présentation à ce stade puis son exploitation subséquente aux fins d'illustration de tel ou tel aspect du sujet.

### 1. Pratique récente de quelques États

16. La question de l'expulsion des étrangers se complique désormais du problème dramatique et complexe de la lutte contre le terrorisme d'une part, et de celui non moins préoccupant d'une immigration irrégulière déferlante d'autre part.

#### a) *Lutte contre le terrorisme et expulsion*

17. Le phénomène de l'expulsion des étrangers, même envisagé *stricto sensu* comme n'incluant pas la question de non-admission et de refoulement, n'a cessé de prendre de l'ampleur, les exigences de la lutte contre le terrorisme ayant accentué la méfiance de nombreux États vis-à-vis des étrangers. À cet égard, certains pays ont entrepris de réviser dans le sens d'un durcissement leur législation sur les conditions d'entrée et de séjour sur leur territoire. Ainsi, dans une interview dans *The Guardian* en juillet 2005, le Ministre britannique de la justice, Lord Falconer, estimait que «les choses avaient changé» depuis les attentats des 7 et 21 juillet 2005 qui ont frappé Londres et qu'il fallait un texte indiquant aux magistrats «l'interprétation correcte de la Convention européenne». Il précisait: «Je veux une loi qui dise que le Ministère de l'intérieur, sous le contrôle des tribunaux, doit mettre en balance les libertés individuelles des expulsés avec les considérations de

[14] Voir notamment l'intervention précitée de la Roumanie (note 12 *supra*), l'intervention de la Suède au nom des pays nordiques [ibid., 13[e] séance (A/C.6/60/SR.13), par. 21 à 23] et l'intervention de la République de Corée [ibid., 11[e] séance (A/C.6/60/SR.11), par. 88 à 91].

[15] Voir les interventions précitées de la Chine (note 10 *supra*) et de la République de Corée (note 14 *supra*); voir *contra* l'intervention précitée de la Suède au nom des pays nordiques (note 14 *supra*).

[16] Voir l'intervention du Maroc [ibid., 11[e] séance (A/C.6/60/SR.11), par. 45].

[17] Voir l'intervention précitée de la Chine (note 10 *supra*).

[18] Voir l'intervention précitée du Canada (note 10 *supra*).

[19] Voir l'intervention du Portugal [ibid., 12[e] séance (A/C.6/60/SR.12), par. 38 et 39].

[20] Nombre de ces sentences arbitrales sont évoquées par Boeck dans «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», notamment p. 486 à 494.

[21] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, ordonnance du 7 novembre 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 607.

sécurité nationale[22].» C'est dans cet esprit que les autorités britanniques ont pris la décision d'expulser neuf Algériens soupçonnés d'être impliqués dans des activités terroristes. Le Ministre de l'intérieur britannique, Charles Clarke, a déclaré à ce sujet: «En vertu de mon pouvoir d'expulser les individus dont la présence au Royaume-Uni n'est pas souhaitable, les services de l'immigration ont arrêté aujourd'hui dix ressortissants étrangers qui, j'estime, constituent une menace pour la sécurité nationale[23].»

18. Dans la même veine, la France a mis en place des pôles régionaux de lutte contre l'islamisme radical, ce qui a entraîné l'expulsion d'anciens imams d'origine algérienne, en l'occurrence Chellali Benchellali, Abdelkader Bonziane et Abdel Aissaoui, en raison de leurs prêches radicaux. Le Premier Ministre français s'est dit «convaincu que la dénonciation des prêcheurs islamistes appelant à la violence, le démantèlement des réseaux radicaux, l'expulsion des ressortissants étrangers qui ne respectent pas nos valeurs et nos lois constituent la première condition d'une lutte efficace contre le terrorisme[24]». Le Ministre français de l'intérieur annonçait le 29 juillet 2005 l'expulsion, fin août, d'une dizaine d'islamistes vers leurs pays d'origine comme action contre «ces prédicateurs radicaux qui peuvent influencer des plus jeunes ou des esprits fragiles[25]». Le fait juridique significatif, parce qu'inhabituel dans la démarche française, est de déchoir les personnes concernées de leur nationalité française acquise par la naturalisation afin de rendre possible leur expulsion. Le Ministre de l'intérieur a déclaré à ce sujet: «Pour ceux qui sont de nationalité française, je veux par ailleurs relancer des procédures de déchéance de nationalité. Ce n'est pas une nouveauté en soi, c'est une disposition qui existe dans notre Code pénal et qui n'est simplement pas utilisée[26].» Outre l'article 25 du Code civil qui était ainsi visé, l'article 26 de l'ordonnance nº 45-2658 du 2 novembre 1945 dans sa modification adoptée par le Parlement français en juin-juillet 2004[27] ainsi que la loi nº 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité permettent l'expulsion en cas de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne ou un groupe, par exemple les femmes.

19. La France n'est pas le seul pays européen à se munir d'un arsenal juridique visant à faciliter l'expulsion d'imams radicaux. Au Royaume-Uni, depuis avril 2003, le Gouvernement a la possibilité de déchoir de sa nationalité britannique toute personne constituant «une menace pour le pays», ce qu'elle a fait avec l'imam Abou Hamza al-Masri après les appels de ce dernier au jihad. L'Autriche a également durci sa législation, et parmi les nouvelles mesures applicables depuis le 1er janvier 2006 est prévue l'expulsion des prédicateurs dont le discours serait «un danger pour la sécurité publique». En Allemagne, une loi entrée en vigueur au début de l'année 2005 doit également faciliter l'expulsion d'«incitateurs spirituels de désordre[28]».

b) *Immigration irrégulière et expulsion*

20. Face au déferlement des pauvres, les pays développés se transforment en d'impossibles forteresses. Ils se ferment de plus en plus à certaines catégories d'étrangers en resserrant le contrôle de l'immigration et en rendant toujours plus difficiles les conditions d'entrée et de séjour sur leurs territoires[29]. Dans une intervention devant les préfets, le 9 septembre 2005, le Ministre français de l'intérieur a défini sa politique en termes d'objectifs quantitatifs et d'obligation de résultats pour les membres de son auditoire:

> Lors de notre dernière rencontre, je vous ai fixé des objectifs chiffrés, en vous demandant de procéder, au minimum, à 23 000 éloignements d'étrangers en situation irrégulière cette année. Je constate qu'à la fin du mois d'août, 12 849 étrangers avaient fait l'objet d'une mesure effective d'éloignement: sur huit mois, 56 % des objectifs ont été atteints. Il vous reste donc cinq mois pour accentuer l'effort. J'observe d'ailleurs que, d'une préfecture à l'autre, les résultats sont inégaux.
>
> Or, j'attends de tous une entière mobilisation. Et j'invite les préfets dont les résultats sont inférieurs à la moyenne à se rapprocher du Centre national de l'animation et des ressources pour bénéficier d'un appui opérationnel[30].

Rien à ses yeux ne doit arrêter les préfets dans cette mission:

> Il vous faut aussi ne pas hésiter à utiliser toutes les marges de manœuvre autorisées par la loi. Elles sont réelles. Vous devez ainsi faire usage des pouvoirs que vous donne le code de l'entrée et du séjour des étrangers, quelles que soient les sollicitations locales. Je vous demande

[22] *The Guardian* (Londres) du vendredi 12 août 2005 (consultable à l'adresse suivante: www.guardian.co.uk).

[23] *The Independent* (Londres) du 11 août 2005. Voir également *El Watan* (Alger) du 13 août 2005 (consultable à l'adresse suivante: www.elwatan.com).

[24] Propos du Premier Ministre Dominique de Villepin reproduits par Colette Thomas dans «Paris et Londres coopèrent dans la lutte contre le terrorisme», article publié le 25 juillet 2005 sur le site Web de Radio France Internationale (consultable à l'adresse suivante: www.rfi.fr).

[25] Interview du Ministre de l'intérieur Nicolas Sarkozy parue dans le quotidien français *Le Parisien* du vendredi 29 juillet 2005.

[26] Ibid.

[27] Le Sénat français a adopté le 15 juillet 2004 sans modification, en première lecture, la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture au cours de la douzième législature [voir les numéros Assemblée nationale (12e législ.): 1654, 1670 et T.A. 309, et Sénat: 360 et 403 (2003-2004)].

[28] Voir Myriam Berler, «Expulsions et déchéance de nationalité pour les imams radicaux», publié le 29 juillet 2005 sur le site Web de RFI (consultable à l'adresse suivante: www.rfi.fr). Pour leur part, l'Espagne et l'Italie, pourtant clairement menacées par des groupes radicaux, ne disposent pas de réglementation spécifique. D'autres États européens, en particulier les pays nordiques, ont choisi pour l'instant, au nom du respect de la liberté d'expression, de ne pas prendre de dispositions particulières, préférant résoudre les problèmes au cas par cas.

[29] Tout en reconnaissant que «l'Europe a aussi besoin de l'immigration» et que celle-ci «n'est pas un luxe parce qu'[elle] contribue de manière décisive à la croissance de l'économie européenne» (Romano Prodi, alors Président de la Commission de l'Union européenne, le 15 octobre 2003, à la veille d'un Conseil européen à Bruxelles), les dirigeants européens sont unanimes pour «combattre l'immigration clandestine» par des mesures plus efficaces. Ainsi, sont envisagées ou déjà mises en œuvre l'instauration de quotas, la politique des visas et d'identification biométriques, la création d'une agence pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures [proposition présentée par la Commission de l'Union européenne le 20 novembre 2003 (COM(2003) 687 final/2)], et la création d'une police des frontières européenne ou d'un corps européen de gardes-frontières [voir la communication de la Commission sur la question (COM (2002) 233 final)]. Sur tous ces points, voir *Justice & Security* (consultable à l'adresse suivante: www.euractiv.com, 13 décembre 2005).

[30] Le texte de cette intervention est annexé par Alain Gresh à son article intitulé «M. Sarkozy contre l'anti-France», *Le Monde diplomatique*, 26 septembre 2005 (disponible à l'adresse suivante: www.monde-diplomatique.fr). Consulter également à l'adresse suivante: www.interieur.gouv.fr.

de savoir résister aux pressions de tels ou tels «collectifs» ou «coordinations», qui ne représentent qu'eux-mêmes[31].

Ni les préoccupations de ces fonctionnaires concernant l'accueil des demandeurs d'asile, ni quelque autre considération inspirée notamment par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos du droit de chacun à mener sa vie familiale où bon lui semble ne sauraient constituer des obstacles à l'action. Il précise:

> Pour faciliter les éloignements, j'ai également décidé d'accélérer encore le programme de rétention administrative.
>
> Parallèlement et à ma demande, le Ministère des affaires étrangères a engagé la procédure permettant de sanctionner les pays non coopératifs en matière de délivrance de laissez-passer, en limitant le nombre de visas de court séjour que la France délivre à leurs ressortissants. Une dizaine de pays que vous avez identifiés sont concernés, parmi lesquels je citerai aujourd'hui la Serbie-et-Monténégro, la Guinée, le Soudan, le Cameroun, le Pakistan, la Géorgie, la Biélorussie et l'Égypte[32].

21. On peut douter de la légalité de telles mesures de représailles diplomatiques contre ceux qu'on nomme désormais les «pays d'émigration illégale» par opposition aux «pays sûrs[33]». Mais il semble bien qu'ici la fin justifie les moyens. Et le Ministre de l'intérieur ne fait aucun mystère sur sa détermination à atteindre son objectif ultime. En effet, il concluait son intervention en des termes non équivoques, où se mêlent exaltation et formule comminatoire:

> Il vous faut vous engager personnellement, résolument et de manière durable dans l'action et obtenir des résultats. C'est votre raison d'être et la source de votre légitimité car c'est bien sur cela que vous serez jugés. Notre réussite collective et les conditions de vie des Français sont à ce prix[34].

L'efficacité de telles politiques est pourtant douteuse. On est passé du «mythe de l'immigration zéro[35]» à l'illusion d'une «immigration choisie[36]» en détournant le regard des causes profondes de l'immigration clandestine que sont le déséquilibre économique du monde et l'extrême pauvreté dans les pays pourvoyeurs d'immigrants illégaux. Certes, dans l'exposé des motifs du projet de loi déposé par M. Sarkozy à l'Assemblée nationale le 30 avril 2003, et finalement voté par les deux Chambres du Parlement français en 2006, il critique le «dogme de l'immigration zéro» qui serait, dit-il, «nuisible» à la France. Son texte, qui propose une réforme profonde et globale de la législation relative aux mesures d'expulsion et à la peine complémentaire d'interdiction du territoire français susceptible d'être infligée aux étrangers pour un certain nombre de crimes et délits, «maintient la possibilité de prononcer des mesures d'expulsion ou des peines d'interdiction du territoire français à l'encontre des étrangers qui n'ont pas de liens personnels ou familiaux avec la France» et prévoit ce qu'il appelle un mécanisme d'«expulsion avec sursis» s'apparentant à une procédure d'avertissement solennel[37].

22. En Belgique, s'appuyant sur la loi du 15 décembre 1980 relative à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers, modifiée à plusieurs reprises dans le sens de la poursuite de l'objectif de l'«arrêt de l'immigration», décidé par le Gouvernement en 1974 et toujours en vigueur, 14 110 personnes ont été expulsées ou rapatriées en 2003 dont 7 742 expulsées par avion après avoir séjourné en Belgique parfois pendant quelques semaines, souvent plusieurs années durant. Au cours de la même année, 3 339 autres personnes ont été «refoulées à la frontière», c'est-à-dire sans avoir franchi les frontières belges[38]. Le Parlement néerlandais a approuvé, le 17 février 2005, à une large majorité, la décision d'expulser 26 000 étrangers en situation irrégulière, dits «sans papiers[39]». À propos de l'enclave espagnole de Ceuta, au Maroc, où l'on dénombre les demandeurs d'asile par centaines dans les rues, le Président de la Commission espagnole d'aide aux réfugiés exprimait son désarroi: «Aujourd'hui, c'est très douloureux à dire, l'Espagne est une terre hostile aux réfugiés à cause de la politique du gouvernement. […] L'Espagne démocratique de 2003 a oublié l'Espagne sanglante de 1939, qui a vu des centaines de milliers de ses enfants fuir le régime de terreur de Franco et se répandre aux différents coins de la planète[40].»

23. En matière d'expulsion, l'évolution de l'harmonisation de la politique migratoire européenne, inscrite dans le Traité d'Amsterdam, s'est traduite le 9 mars 2004 par la première concrétisation de la mise en place d'une politique commune de retour forcé, qui avait été abordée lors du Conseil des ministres de l'intérieur de l'Union européenne les 22 et 23 janvier 2004 à Dublin: l'organisation du premier vol charter communautaire entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas à destination de Pristina et de Tirana[41]. Cette politique s'étend progressivement en dépit de l'opposition du Parlement européen exprimée dans une motion du 1er avril 2004. En effet, lors d'une réunion des ministres de l'intérieur de cinq pays européens (G5), tenue le 5 juillet 2005 à Évian (France), il a été annoncé l'organisation des «expulsions conjointes» d'immigrés clandestins par cinq pays européens – l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie et le Royaume-Uni – vers leurs pays d'origine. Il s'agit en fait de l'acheminement par «vol groupé» des personnes concernées. Ce type d'opération qui avait déjà été réalisé par le passé, notamment entre l'Allemagne et l'Italie, s'est reproduit à la fin du mois de juillet 2005 sous la forme d'un «vol groupé franco-britannique» pour évacuer une «quarantaine» d'immigrés entrés de façon illégale en France

---

[31] Ibid.

[32] Ibid.

[33] Alain Morice, «L'Europe enterre le droit d'asile», *Le Monde diplomatique*, 17 mars 2004 (consultable à l'adresse suivante: www.monde-diplomatique.fr).

[34] Intervention précitée de M. Sarkozy (note 30 *supra*).

[35] C'était l'objectif affiché de M. Charles Pasqua, Ministre d'État français, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, dès le 2 juin 1993 (lire son interview dans *Le Monde* du 2 juin 1993), qui déboucha sur une loi dite «loi Pasqua» adoptée par le Parlement français le 15 décembre 1993 et promulguée le 30 décembre 1993; voir à ce sujet Julien-Laferrière, «Le mythe de "l'immigration zéro"».

[36] C'est le raccourci conceptuel de la politique de M. Nicolas Sarkozy, alors Ministre de l'intérieur en France (*BBC News*, 18 mai 2006, consultable à l'adresse suivante: http://news.bbc.co.uk).

[37] Voir le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale et examiné par le Sénat sous le nº 362 le 17 mai 2006 (consultable à l'adresse suivante: www.senat.fr).

[38] Voir Francisco Padilla, «La politique belge en matière d'expulsion des étrangers» (consultable à l'adresse suivante: www.universal-embassy.be).

[39] Morice, loc. cit. (voir *supra* la note 33).

[40] Ibid.

[41] Afin de mettre en pratique cette politique, la Commission européenne a décidé d'apporter un soutien financier de 30 millions d'euros.

et en Grande-Bretagne[42]. Ce genre d'opération comporte des risques de «précipitation» et de «dérapage», les États expulsants pouvant renvoyer des immigrés illégaux dans leurs pays d'origine sans s'assurer qu'ils ne courent aucun risque pour leur vie, ou qu'il ne risquent pas d'être exposés à la torture ou à des traitements inhumains, cruels et dégradants. En outre, il se pose en l'occurrence la question de savoir si l'on est dans des cas d'expulsions collectives ou pas. Au demeurant, on en arrive à une situation préoccupante où les réfugiés sont en passe d'être traités comme les autres migrants; une telle situation constitue une menace réelle pour l'institution de l'asile.

24. La volonté des pays européens d'endiguer les migrations en général et de lutter par tous les moyens contre l'immigration clandestine a induit en pratique deux phénomènes juridiques nouveaux: les «accords de réadmission» et les «accords de transit».

25. L'«accord de réadmission» est un accord bilatéral fixant le cadre juridique et les conditions d'«éloignement» des immigrants illégaux du pays de séjour. Il s'agit d'un traité conclu entre l'État d'accueil des immigrants illégaux et l'État d'origine, ou présumé tel, desdits immigrés, par lequel ce dernier État s'engage à accueillir les immigrants concernés, identifiés et transférés sous la responsabilité et à la charge de l'État expulsant. Cette pratique connaît un certain essor; un pays comme l'Espagne en a signé avec plusieurs États et s'emploie à en conclure autant que possible. Certains accords de réadmission conclus par ce pays contiennent des dispositions prévoyant l'allocation d'une indemnité aux personnes rapatriées en vue de faciliter leur réinsertion dans le pays de destination[43].

26. L'«accord de transit» a un objet différent et est bien plus contestable du point de vue substantiel, comme le donne à constater celui conclu le 8 janvier 2003 entre le Sénégal et la Suisse. Aux termes de cet «accord de transit», le Sénégal s'engageait à assurer la réception et le réacheminement de tous les ressortissants africains que la Suisse frapperait d'une décision de renvoi ou d'interdiction de territoire, à charge pour le pays d'accueil de procéder à l'identification de l'État d'origine. À cet égard, l'article 15 du protocole traitait de manière elliptique des «prestations spéciales», dont les frais de dépense seraient «réglés d'accord partie[44]». Cette curiosité juridique appelée «accord de transit» ouvrait ainsi la voie à des marchandages financiers sordides entre gouvernements sur le dos des immigrants illégaux au mépris du respect élémentaire de la dignité humaine et du drame des personnes concernées. Mais la conclusion de l'accord en question a échoué face à l'indignation de l'opinion sénégalaise et à l'action des défenseurs helvétiques des droits de l'homme.

### 2. Migrations internationales: rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales

27. Le phénomène migratoire connaît de nos jours une ampleur sans précédent à laquelle n'est sans doute pas étrangère la mondialisation. La complexité du problème, son impact économique et sa sensibilité politique en ont fait un sujet de préoccupation de la communauté internationale. C'est ainsi que l'Assemblée générale a décidé, dans sa résolution 58/208 du 23 décembre 2003, de consacrer à sa soixante et unième session, en 2006, un dialogue de haut niveau à la question des migrations internationales. Elle a par ailleurs prié le Secrétaire général de lui rendre compte, à sa soixantième session, des questions relatives à l'organisation de ce dialogue, demande qu'elle a rappelée dans sa résolution 59/241 du 22 décembre 2004. Dans son rapport sur la question à la soixantième session de l'Assemblée générale, le Secrétaire général a proposé les modalités d'organisation du dialogue de haut niveau et la date de sa tenue (les 14 et 15 septembre 2006)[45].

28. Dès décembre 2003, un noyau d'États encouragés par le Secrétaire général avait créé la Commission mondiale sur les migrations internationales (CMMI), organisme indépendant[46] ayant pour mandat de produire un cadre pour la formulation d'une réponse cohérente et exhaustive à la question des migrations internationales. En octobre 2005, la CMMI a produit une étude approfondie sous la forme d'un rapport intitulé «Les migrations dans un monde interconnecté: nouvelles perspectives d'action[47]». Bien que la préoccupation fondamentale de la CMMI soit d'étudier le lien entre les migrations et le développement économique, en particulier l'impact des migrations sur le développement aussi bien dans les pays d'origine des migrants que dans ceux de destination, la CDI ne peut être indifférente au travail fourni par ce groupe composé d'experts de haut niveau, dans le cadre de l'examen de la question de l'expulsion des étrangers inscrite à son ordre du jour. En effet, il apparaît que la réflexion de la CMMI a porté également sur la question du défi de la migration irrégulière[48] et sur celle de règles relatives aux droits de l'homme applicables aux migrants dits illégaux[49].

29. Selon le rapport de la CMMI, il existe un large consensus sur l'accroissement du nombre des migrants et de la proportion des migrants irréguliers. L'OCDE estime que ces derniers représentent entre 10 et 15 % des 56 millions de migrants présents en Europe, ce continent recevant par ailleurs environ 500 000 nouveaux migrants non enregistrés chaque année. Aux États-Unis, le nombre de migrants irréguliers – dont la moitié est d'origine mexicaine – dépasse les 10 millions, avec une augmentation annuelle d'environ 500 000. Le phénomène ne touche pas seulement les pays développés. L'Asie est connue comme le continent où l'on recense le plus grand nombre

[42] Voir Karine G. Barzegar, «Paris et Londres expulsent "cette semaine" une "quarantaine" de clandestins afghans par "vol groupé"», *Associated Press*, 26 juillet 2005.

[43] Source diplomatique.

[44] Morice, loc. cit. (voir *supra* la note 33).

[45] Voir le rapport du Secrétaire général «Migrations internationales et développement» (A/60/205), 8 août 2005.

[46] En août 2005, la CMMI, qui agit comme un organisme consultatif informel et dont le Secrétariat est à Genève, comprenait plus de 30 États de toutes les régions du monde, dont l'Afrique du Sud, l'Algérie, l'Allemagne, l'Australie, le Bangladesh, la Belgique, le Brésil, le Canada, l'Égypte, l'Espagne, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Inde, l'Indonésie, le Japon, le Maroc, le Mexique, le Nigéria, la Norvège, le Pakistan, les Pays-Bas, le Pérou, les Philippines, la République islamique d'Iran, le Royaume-Uni, le Saint-Siège, Sri Lanka, la Suède, la Suisse, la Turquie, ainsi que l'Union européenne.

[47] *Rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales*, consultable à l'adresse suivante: www.gcim.org.

[48] Ibid., p. 35 à 45.

[49] Ibid., p. 58 à 70.

de migrants irréguliers. À titre d'illustration, on les estime à 20 millions en Inde. Ils constituent également la majorité des migrants en Afrique et en Amérique latine[50] où l'identité des populations de part et d'autre des frontières et l'extrême porosité de ces dernières facilitent les mouvements migratoires. En Afrique en particulier, l'immigration n'est considérée comme irrégulière que par les autorités étatiques, les populations concernées la percevant comme un mouvement naturel entre membres d'une même communauté ignorant largement les frontières internationales qu'ils tiennent pour abstraites et en tout cas artificielles.

30. L'immigration irrégulière est un des révélateurs dramatiques des déséquilibres socioéconomiques aggravés par la globalisation de l'économie et la paupérisation galopante des pays sous-développés. Mais elle traduit aussi le désarroi des populations de pays où la misère se complique des ravages des guerres à répétition et de l'intolérance politique. Dans un tel contexte, les immigrants sont prêts à tous les sacrifices pour échapper à leur condition et à leur milieu de vie. Le spectacle de vagues de jeunes Africains allant à l'assaut des murs hérissés de barbelés autour des enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla en est une dramatique illustration. On estime à 2 000 le nombre de ces immigrants clandestins qui meurent chaque année en tentant de franchir les barrières – naturelles comme la Méditerranée ou érigées par les États comme celles aux frontières de l'Espagne – pour rejoindre l'Europe. Dans le même ordre d'idées, environ 400 Mexicains meurent chaque année en essayant de franchir la frontière avec les États-Unis[51].

### 3. Conférence ministérielle eurafricaine sur la migration et le développement (Rabat, 10 et 11 juillet 2006)

31. La Conférence ministérielle eurafricaine sur la migration et le développement a réuni les représentants de 30 pays européens, auxquels sont venus s'ajouter ceux de la Fédération de Russie, de la Turquie, de l'Ukraine, de 27 pays africains, ainsi que du Mexique et de 21 organisations internationales.

32. Le Plan d'action adopté par la Conférence ministérielle de Rabat prévoit de faire face à l'«immigration irrégulière» à travers, d'une part, la coopération dans la lutte contre l'immigration irrégulière et, d'autre part, le renforcement de la capacité de contrôle des frontières nationales des pays de transit et de départ. S'agissant de la coopération dans la lutte contre cette forme d'immigration, la Conférence préconise notamment: la coopération dans la logistique et le financement des retours volontaires des migrants se trouvant dans les pays de transit; la mise en place, dans le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes, de systèmes efficaces de réadmission dans l'ensemble des pays concernés, notamment à travers la mise en œuvre effective des dispositions pertinentes de l'article 13 de l'Accord de Cotonou[52], et la conclusion d'accords de réadmission d'une part entre les pays concernés d'Afrique du Nord, de l'Ouest et du Centre et d'autre part entre la Communauté européenne ou l'un de ses États membres et les pays d'Afrique du Nord, de l'Ouest et du Centre; l'appui technique et logistique à l'identification de la nationalité des immigrants en situation irrégulière; la facilitation de la réinsertion des immigrants en situation irrégulière de retour dans leur pays d'origine; l'information et la sensibilisation des immigrés potentiels sur les risques de l'immigration illégale; et la mise à disposition des ressources financières pour aider les pays confrontés à des situations d'urgence en matière d'immigration irrégulière. Comme on peut le constater, l'idée sous-jacente, mais dominante, des participants à cette conférence, c'est l'expulsion systématique des immigrants irréguliers vers leur pays d'origine. C'est un non-dit dont le principe semble acquis, le reste portant simplement sur l'aménagement des conditions de retour et de réinsertion des futurs expulsés, dont les États dont ils sont des ressortissants sont mis à contribution pour faciliter l'identification de leur nationalité comme leur réadmission sur le territoire national.

33. Au demeurant, la Conférence ministérielle eurafricaine sur la migration et le développement préconise le renforcement de la capacité de contrôle des frontières nationales de ces pays ainsi que des pays de transit par l'amélioration de la formation des services compétents et des équipements de la coopération opérationnelle transfrontalière, la coopération en vue de déployer dans les pays concernés une base de données numérisée destinée à lutter efficacement contre l'immigration irrégulière, et la coopération en vue d'instaurer un système d'alerte précoce inspiré du modèle européen, afin de permettre la transmission immédiate de signes avant-coureurs d'une immigration irrégulière et d'activités de la part des organisations criminelles de passeurs.

34. On notera toutefois que si dans la Déclaration de Rabat, intitulée «Partenariat eurafricain pour la migration et le développement[53]», les ministres des affaires étrangères des États participants réaffirment leur engagement dans «la lutte contre la migration illégale, y compris la réadmission des migrants en situation irrégulière», ils prônent aussi «la mise en œuvre d'une politique active d'intégration des migrants en situation régulière et de lutte contre l'exclusion, la xénophobie et le racisme», de même qu'ils s'engagent à travailler en partenariat étroit «suivant une approche globale, équilibrée, pragmatique et opérationnelle, dans le respect des droits fondamentaux et de la dignité des migrants et des réfugiés». Certes, il ne faut pas se payer de mots, car l'objectif essentiel de la Conférence ministérielle eurafricaine sur la migration et le développement est, pour les pays européens, de jeter des bases pour des expulsions massives, mais internationalement légitimées, de migrants illégaux ressortissants de pays

[50] Ibid., p. 35 et 36.

[51] Ibid., p. 37. Voir aussi les chiffres avancés par plusieurs associations qui tiennent à jour la liste des victimes et qui estimaient à plus de 4 000 le nombre de décès documentés entre la mi-mai 1992 et décembre 2003 en ce qui concerne l'immigration clandestine vers l'Europe. Sources: Association des familles de victimes de l'immigration clandestine (AFVIC); Gay, *Les discontinuités spatiales*; Olivier Clochard et Philippe Rekacewicz, «Des morts par milliers aux portes de l'Europe», *Le Monde diplomatique*, décembre 2006 (consultable à l'adresse suivante: www.monde-diplomatique.fr).

[52] Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000.

[53] Déclaration de Rabat consultable à l'adresse suivante: www.maec.gov.ma.

africains. Il y a du reste fort peu ou presque rien à opposer à ces expulsions d'étrangers en situation irrégulière s'agissant de l'exercice par ces États de leur droit souverain et incontestable. Qu'ils aient conscience de la nécessité de préserver les droits fondamentaux et la dignité des personnes concernées est à peu près tout ce qu'exige d'eux le droit international et ce sur quoi le Rapporteur spécial entend insister dans le cadre du présent sujet.

35. Les contributions des membres de la Commission puis des États aux discussions sur le rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers[54] et les suggestions variées et parfois contradictoires qui s'en dégagent, les développements ci-dessus évoqués de la pratique récente des États en matière d'expulsion des étrangers et les réflexions de la CMMI et de la Conférence ministérielle eurafricaine sur la migration et le développement qui soulignent l'ampleur du phénomène de l'immigration irrégulière dans le monde et proposent des moyens d'y faire face, montrent tout l'intérêt qu'il y a à circonscrire le sujet à l'examen en déterminant de manière précise sa portée.

### D. Portée du sujet

36. L'un des objectifs du rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers était de susciter le débat, tant au sein de la CDI que de la Sixième Commission, sur les questions méthodologiques et la portée du sujet. Les discussions au sein de ces deux instances ont montré qu'il existe un accord pour l'inclusion de certaines questions dans le traitement du sujet à l'examen, cependant qu'existent des divergences sur d'autres questions, plus personne n'estimant que le sujet ne puisse être traité par la CDI[55].

37. Ainsi, il est apparu qu'il y a un consensus sur le fait que le sujet devrait inclure les personnes résidant sur le territoire d'un État dont elles n'ont pas la nationalité, en distinguant les personnes en situation régulière et celles en situation irrégulière, y compris celles qui résident depuis longtemps dans l'État expulsant. Devraient également faire partie du sujet les réfugiés, les demandeurs d'asile, les apatrides et les travailleurs migrants[56].

38. En revanche, certains membres de la CDI et certains représentants d'États Membres à la Sixième Commission ont estimé qu'il serait difficile d'inclure le refus d'admission qui vise les immigrants illégaux de fraîche date ou non encore établis dans le pays d'accueil. De même a-t-on estimé qu'il fallait exclure du champ du sujet les personnes ayant changé de nationalité par suite d'une modification du statut du territoire où elles résidaient dans le contexte de la décolonisation.

39. Le Rapporteur spécial pense qu'on ne peut exclure par principe ces hypothèses. Il convient de distinguer à cet égard les cas où un changement de nationalité entraîne un transfèrement (collectif) des populations bénéficiant d'une nationalité nouvelle du fait de la modification du statut territorial, des cas d'expulsion éventuelle de personnes bénéficiant de ladite nationalité: une telle expulsion devrait obéir au régime de droit commun, et il n'y a dès lors aucune raison de l'exclure du champ du sujet.

40. S'agissant de la question de la non-admission (ou «expulsion» des immigrants illégaux), la pratique de certains États et l'identification de l'étranger comme toute personne ayant franchi la frontière et pénétré dans le territoire de l'État où il séjourne donnent à penser, à première vue, que l'on ne pourrait exclure cette question du champ du sujet sans l'amputer gravement. C'est ainsi que, selon la République de Corée, retenir une telle perspective «non seulement limiterait indûment la portée des travaux de la [Commission du droit international], mais elle ne tiendrait en outre pas compte des intérêts et des préoccupations de nombreux résidents illégaux dans le monde entier[57]». Toutefois, selon la conception traditionnelle, l'expulsion concerne les étrangers dont l'entrée ou le séjour sont réguliers alors que la non-admission vise ceux dont l'État combat l'entrée ou le séjour sur son territoire; l'éloignement de l'immigré illégal se trouvant à la frontière ou qui vient de franchir celle-ci relève donc, à strictement parler, de la non-admission et non de l'expulsion. C'est en vertu de cette distinction judicieuse que la non-admission n'entre pas, de l'avis du Rapporteur spécial, dans le champ du présent sujet.

41. Quant à l'expulsion des étrangers en cas de conflit armé, le Rapporteur spécial n'a pas trouvé de raison valable à son exclusion du champ du sujet. Au regard de l'option méthodologique choisie par la Commission consistant à exploiter les règles conventionnelles existantes aux fins de la codification du présent sujet, l'existence de règles précises en la matière dans le droit international humanitaire ne devrait pas constituer un obstacle à l'intégration de cette question dans le champ du sujet, bien au contraire. De plus, la contribution de la sentence rendue par la Cour permanente d'arbitrage le 17 décembre 2004 dans l'affaire *Érythrée c. Éthiopie*[58], où la question de l'expulsion par déchéance de la nationalité se complique de celle de l'expulsion dans un contexte de conflit armé, permet de revisiter les règles traditionnelles en la matière.

### E. Présentation générale du présent rapport

42. L'objet du présent rapport est d'étudier les règles générales applicables en matière d'expulsion des étrangers telles qu'elles se dégagent du droit coutumier, du droit conventionnel, de la jurisprudence ainsi que de la pratique des États, et à la lumière de la présentation qu'en fait la doctrine. Cette étude permettra de donner suite à certaines interrogations et propositions formulées lors de l'examen du rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers[59].

---

[54] Voir *supra* la note 1.

[55] Le représentant de la Hongrie à la Sixième Commission avait déclaré à la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale que la question «aurait dû être traitée par d'autres institutions ou organes du système des Nations Unies comme, par exemple, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ou la Commission des droits de l'homme». Prenant acte du rapport préliminaire du Rapporteur spécial pour le sujet à la soixantième session de l'Assemblée générale, il a déclaré que, selon son pays, il incombait au Rapporteur spécial et à la CDI de «soigneusement délimiter la portée et la teneur exactes de la prochaine étude» [*Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 13e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 9].

[56] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 58, par. 273.

[57] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 89.

[58] Cour permanente d'arbitrage, Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, sentence arbitrale partielle: Mauvais traitements des populations civiles, réclamation de l'Éthiopie no 5, 17 décembre 2004 (consultable à l'adresse suivante: www.pca-cpa.org).

[59] Voir *supra* la note 1.

43. À cet égard, le Rapporteur spécial s'en tiendra de manière générale, et sous réserve des précisions de détails, à l'approche reflétée dans l'esquisse du plan de travail annexée à son rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers, qui a reçu l'approbation de la Commission[60] ainsi que celle de la plupart des États qui se sont exprimés sur le sujet à la Sixième Commission, lors de la soixantième session de l'Assemblée générale, comme il est indiqué au paragraphe 10 du présent rapport. Il est seulement procédé, d'une part, à une interversion du «champ d'application» et des «définitions», celles-ci venant désormais après celui-là, et d'autre part, à un réaménagement du contenu du «champ d'application», lequel contenu passe dans les «définitions», le «champ d'application» portant désormais sur les catégories types d'étrangers concernés par l'expulsion. Au bénéfice de cette précision, seront approfondies dans le cadre du présent rapport portant sur l'étude d'une partie des règles générales en matière d'expulsion des étrangers les questions devant conduire à la formulation des projets d'article sur le champ d'application et les définitions des termes clefs du sujet.

[60] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 57 et 58, par. 269 à 272.

## RÈGLES GÉNÉRALES

44. L'examen du rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers a montré que le principal point de discussion et d'achoppement aussi bien à la CDI qu'à la Sixième Commission était le champ du sujet. C'est à sa détermination que s'attachera d'abord le présent rapport. Une fois le sujet circonscrit, il conviendra de définir, plus précisément qu'on ne l'avait fait dans le rapport préliminaire, les notions constitutives de ce sujet, avant d'entamer l'examen des principes généraux du droit international régissant la matière.

### Chapitre I

### Champ du sujet

45. La portée du sujet telle que présentée dans l'introduction au présent rapport donne un aperçu de ses contours. Il convient maintenant de la circonscrire de manière plus précise en indiquant les différentes catégories de personnes concernées. Au bénéfice des observations faites aux paragraphes 37 à 41 du présent rapport et afin de suivre la préférence exprimée tant à la CDI qu'à la Sixième Commission en faveur de l'élaboration d'un régime le plus exhaustif possible sur le sujet, le Rapporteur spécial y procédera en examinant successivement les cas suivants: les étrangers résidant légalement sur le territoire d'un État; les étrangers en situation irrégulière, les réfugiés, les personnes déplacées, les demandeurs et bénéficiaires d'asile, les apatrides, les anciens ressortissants d'un État; les étrangers du fait de la perte de nationalité à la suite de la naissance d'un État nouveau; les ressortissants d'un État en situation de conflit armé avec l'État d'accueil; et les travailleurs migrants.

46. N'entrent pas dans le champ du sujet certaines catégories d'étrangers dont les conditions et modalités d'expulsion sont régies par des règles spéciales. Il en est ainsi en particulier de ceux bénéficiant d'un régime de privilèges et immunités, notamment les diplomates, les autorités consulaires, les personnes en mission spéciale à l'étranger, les fonctionnaires internationaux, les membres des forces armées en mission officielle ou faisant partie d'une force multinationale[61] qui sont régis par des règles particulières constituant des *leges speciales* au regard des règles générales applicables à l'expulsion des étrangers en droit international.

47. Bien que l'on ait pu prétendre que le droit international n'interdit pas l'expulsion des nationaux[62], le Rapporteur spécial ne pense pas qu'il l'autorise. Au contraire, les principes généraux vont en sens contraire. Dans le projet de réglementation de l'expulsion des étrangers présenté à l'Institut de droit international lors de la session de Hambourg (Allemagne) en septembre 1892, M. Féraud-Giraud proposait une règle en ce sens dans les termes suivants:

> Un État ne peut expulser, par voie administrative ni judiciaire, ses propres nationaux, quelles que soient leurs différences de cultes, de races ou d'origine de nationalité.
>
> Cet acte constitue une grave atteinte au droit international lorsqu'il a pour résultat intentionnel de rejeter sur d'autres territoires des individus frappés de condamnations, ou même placés seulement sous le coup de poursuites judiciaires[63].

48. De façon générale, il s'agit d'une règle logique découlant de la compétence personnelle de l'État, laquelle lui impose d'assurer la protection de ses propres ressortissants tant sur le territoire national qu'à l'étranger[64]. On estime même que la règle de non-expulsion des nationaux est «incontestée» et que lors même qu'elle n'est pas exprimée, elle est sous-entendue[65]. C'est la raison pour laquelle les législations nationales d'un certain nombre de pays interdisent expressément l'expulsion des nationaux[66]. Une telle règle qui emporte implicitement le droit d'un national de résider ou de demeurer dans son pays[67] ou d'y accéder[68] ne permet pas l'expulsion de son national par un

[61] Voir l'étude publiée par le Secrétariat sous le titre «Expulsion des étrangers», document A/CN.4/565, par. 28 à 35, disponible sur le site de la Commission (consultable à l'adresse suivante: legal.un.org/ilc/).

[62] Ibid., par. 36 et notes 53 à 61.

[63] *Annuaire de l'Institut de droit international* (1891-1892), p. 278 et 279.

[64] Voir Daillier et Pellet, op. cit., p. 493 à 501, par. 322 à 327.

[65] De Boeck, loc. cit., p. 447.

[66] Voir document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 36 et note 60.

[67] Ibid., par. 36 et note 56.

[68] Dans les Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, proposées par l'Institut de droit international et adoptées par lui à Genève le 9 septembre 1892, figure un article ainsi libellé: «En principe, un État ne doit pas interdire l'accès ou le séjour sur son territoire soit à ses sujets, soit à ceux qui, après avoir perdu leur nationalité dans ledit État, n'en ont point acquis une autre» [*Annuaire de l'Institut de droit international* (1892-1894), p. 219].

État. Par ailleurs, et comme conséquence de la règle qui précède, l'État est tenu d'accueillir ses nationaux expulsés à l'étranger et non pas les ressortissants d'autres États expulsés par ces derniers ou par des États tiers; il ne peut y être tenu que s'il y consent expressément, généralement sur la base d'un accord international[69]. Plus spécifiquement, on note que certains traités en matière de droits de l'homme prohibent expressément l'expulsion d'une personne du territoire d'un État dont il a la nationalité[70].

49. Outre le fait que la pratique fournit fort peu d'exemples d'expulsion d'une personne par l'État dont elle a la nationalité, ces arguments montrent que ces cas d'expulsion constituent de véritables exceptions qui ne sont possibles du reste qu'en vertu d'un accord exprès de l'État d'accueil. Au demeurant, un national n'étant pas ou ne pouvant être en même temps un étranger, le régime juridique de son expulsion n'entre pas dans le champ du sujet consacré à l'expulsion des étrangers.

### A. Étrangers résidant légalement sur le territoire de l'État expulsant

50. L'étranger résidant légalement dans un État étranger peut s'entendre de celui qui a accédé régulièrement à un pays ou qui y a été formellement admis et qui y réside en conformité avec la législation et/ou la réglementation de ce pays sur les conditions de séjour ou de résidence des étrangers. On n'engagera pas à ce stade de discussion sur le point de savoir s'il y a lieu de faire la distinction entre les étrangers en transit, les étrangers en admission temporaire ou en court séjour, les résidents de longue durée, etc. Seule importe pour l'instant la légalité de leur présence sur le territoire de l'État d'accueil, la durée de cette présence pouvant avoir éventuellement des implications sur les conséquences de l'expulsion.

51. La régularité de l'accès au territoire de l'État d'accueil signifie le franchissement de la frontière dudit État grâce à des documents de voyage reconnus valides par les autorités de l'État en question. La régularité du séjour signifie quant à elle que l'étranger ayant franchi légalement la frontière remplit les conditions de séjour, c'est-à-dire de présence continue dans le pays concerné telles que prévues par son droit national.

52. Toutefois, il n'est pas toujours nécessaire que l'accès de l'étranger au territoire de l'État d'accueil soit régulier pour que son séjour le soit également. Dans certains pays, une personne qui a accédé illégalement au territoire de l'État d'accueil peut obtenir ensuite le statut de résident légal par le biais de la régularisation[71]. C'est une pratique de plus en plus courante dans les principaux pays d'accueil des immigrés clandestins notamment en Europe et en Amérique où se pratique, suivant les pays, la régularisation massive ou au contraire la régularisation au cas par cas[72].

53. L'expulsion de l'étranger résidant légalement sur le territoire de l'État expulsant a souvent été la seule hypothèse envisagée par la plupart des traités. Ainsi diverses conventions internationales contenant des dispositions sur l'expulsion ne s'appliquent qu'à cette hypothèse[73].

### B. Étrangers en situation irrégulière

54. Certains traités distinguent entre les étrangers en situation régulière et ceux en situation irrégulière; cependant ils ne fournissent pas une définition des termes «étrangers illégaux». C'est dans certaines législations nationales que l'on trouve des éléments de définition de cette catégorie d'étrangers dont la désignation varie au gré desdites législations[74].

55. L'étranger en situation irrégulière peut s'entendre d'une personne dont la présence sur le territoire de l'État d'accueil est en violation de la législation dudit État en matière d'admission, de séjour ou de résidence des étrangers. Premièrement, l'illégalité peut être déterminée par rapport aux conditions d'entrée. C'est le cas des migrants illégaux ou dits «clandestins». Sera ainsi considéré comme étant en situation irrégulière un étranger qui franchit la frontière de l'État expulsant en violation des règles relatives à l'admission des étrangers. Deuxièmement, l'illégalité peut aussi être déterminée non plus par rapport aux conditions d'entrée mais à celles du séjour sur le territoire de l'État expulsant. Dans ce cas, l'étranger, bien qu'ayant légalement franchi la frontière de l'État et ayant donc été régulièrement admis par ce dernier, ne remplit pas ensuite les conditions de séjour telles que prévues par le droit de l'État d'accueil. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'étranger régulièrement admis prolonge son séjour sur le territoire dudit État au-delà de la période fixée par les autorités compétentes de l'État en question. Troisièmement, l'étranger peut cumuler les deux motifs rendant illégale sa présence sur le territoire de l'État expulsant. C'est le cas où il a franchi illégalement la frontière de l'État d'accueil et n'a pas bénéficié ensuite de la régularisation de sa situation: il ne remplit donc ni les conditions d'admission, ni celles du séjour.

56. Les conditions de séjour de l'étranger présentent deux aspects: le titre ou permis de séjour qui légalise la présence de l'étranger sur le territoire de l'État pour une durée déterminée, renouvelable ou non; et les règles à observer durant le séjour, par exemple celles liées aux activités auxquelles l'étranger peut ou non se livrer durant son séjour. C'est un principe fondamental qu'une personne qui a pénétré volontairement dans le territoire d'un État étranger et y réside doit se conformer aux conditions de séjour ou de résidence de cet État, y compris en

---

[69] Voir Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law,* p. 944 et 945.

[70] Voir document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 36 et note 55.

[71] Voir Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II: *Asylum, Entry and Sojourn*, p. 348; voir également le document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 44.

[72] Il en est ainsi, notamment, en Espagne et en Italie, où il a été procédé au cours des dernières années à des régularisations massives d'étrangers en situation irrégulière, en France, où, après une vague de régularisation massive, on observe un durcissement d'attitude vis-à-vis desdits étrangers avec, au mieux, la perspective d'une régularisation au cas par cas, et aux États-Unis, où le Gouvernement fédéral a décidé récemment de la régularisation en masse d'immigrés mexicains mais se heurte encore à certaines réticences au Congrès.

[73] Voir notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 13); la Convention relative au statut des réfugiés (art. 32); la Convention relative au statut des apatrides (art. 31); et la Convention européenne d'établissement. Voir également le document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 755, notes 1760 à 1763.

[74] Voir document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 129, notes 249 à 258.

acceptant ses institutions et règles juridiques[75]. Il s'agit de règles conditionnelles dont l'inobservance peut entraîner le retrait ou l'annulation du titre de séjour et modifier le statut de l'étranger qui passe d'une situation de légalité à une situation irrégulière l'exposant, le cas échéant, à l'expulsion.

### C. Réfugiés

57. Le terme «réfugié» s'entend différemment selon qu'on l'appréhende sous un angle sociologique ou sous un angle juridique. Son acception sociologique est ancienne, extensive et peu rigoureuse. Considéré sous ce rapport, le terme «réfugié» a été employé pendant très longtemps à propos de personnes qui, pour quelque raison que ce soit, ont été obligées de quitter leur domicile pour trouver refuge ailleurs[76]. Cet ailleurs n'était pas déterminé par rapport aux frontières d'un État. Cet emploi du terme «réfugié» n'a pas totalement disparu de nos jours. Suivant consciemment ou non le langage journalistique, certains milieux internationaux emploient ce terme pour désigner des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et vivant dans des conditions matérielles comparables à celles des personnes déplacées qui trouvent refuge dans un pays étranger. Ces déplacés internes sont aussi appelés des «réfugiés nationaux» ou encore des «déplacés internes». Pour autant, ils ont besoin de l'assistance internationale et, à plusieurs reprises, l'Assemblée générale a demandé au Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) de leur fournir une assistance humanitaire[77].

58. Le terme «réfugié» a cependant une signification bien plus précise en droit. Sous ce rapport, il s'entend généralement des personnes contraintes de quitter leur pays pour trouver refuge dans un autre pays. Comme il ressort de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Droit d'asile* entre la Colombie et le Pérou, «le réfugié se trouve sur le territoire de l'État de refuge[78]»; il perdrait donc la qualité de réfugié s'il se trouvait sur le territoire de l'État dont il a la nationalité. Au regard des diverses conventions internationales relatives aux réfugiés, il s'agit de personnes qui fuient leur État en raison de persécution ou d'une crainte bien fondée d'être persécutées pour des raisons de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un groupe social ou d'opinion politique. Selon certains auteurs, les personnes qui ne fuient pas leur pays pour les raisons précédentes sont des «personnes déplacées[79]» et non pas des réfugiés au sens juridique. Ces derniers incluent aussi des personnes se trouvant hors de leur État de nationalité ou de résidence mais qui ne peuvent pas ou, pour des raisons valables, ne veulent pas retourner dans leur pays[80].

59. Si l'on exclut les aspects conjoncturels et autres éléments circonstanciels de la définition du terme «réfugié» contenue dans la Convention relative au statut des réfugiés, il apparaît, aux termes du paragraphe 2 de la section A de l'article 1 de ladite Convention, que l'expression «réfugié» désigne toute personne qui, par suite d'événements déterminés et

> craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

60. La Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique a adopté une définition plus large de la notion de réfugié. Selon cette convention, outre les personnes visées par la Convention relative au statut des réfugiés[81], le terme «réfugié»

> s'applique également 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[82].

61. Cette définition large du terme «réfugié» a eu une résonance en dehors de l'Afrique et apparaît désormais comme une contribution significative du continent à la détermination du contenu de cette notion. L'ouverture de la communauté internationale à la définition établie par l'Organisation de l'unité africaine (OUA) apparaît au début des années 1980 lorsque le Comité exécutif du Programme du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés observa, dès 1981, que l'accroissement des flux des réfugiés à grande échelle dans diverses parties du monde, en particulier dans les pays en développement, avait entraîné un changement dans la composition des groupes de demandeurs d'asile. En font partie non seulement ceux qui entrent dans la définition de la Convention relative au statut des réfugiés et du Protocole y relatif, mais aussi ceux visés au paragraphe 2 de l'article 1 de la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique[83].

62. À la suite de la déclaration du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés de 1981, les États d'Amérique centrale adoptèrent en 1984 une déclaration sur les réfugiés recommandant que la définition de «réfugié» soit étendue «aux personnes qui ont fui leur pays parce que leur vie, leur sécurité ou leur liberté étaient menacées par une violence généralisée, une agression étrangère, des conflits internes, une violation massive des droits de l'homme ou d'autres circonstances ayant perturbé gravement l'ordre public[84]».

---

[75] Voir Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, p. 179.

[76] Voir Jahn, «Refugees», p. 72.

[77] Ibid., p. 73.

[78] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266 et suiv., en particulier p. 274.

[79] Sohn et Buergenthal, *The Movement of Persons across Borders*, p. 99.

[80] Voir la Convention relative au statut des réfugiés, le Protocole y relatif, et la Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés et l'Accord relatif aux dispositions provisoires devant être prises à l'égard des réfugiés et personnes déplacées; voir également Jahn, loc. cit., p. 72.

[81] Notion que la Convention de l'OUA reprend au paragraphe 1 de son article 1.

[82] Art. I, par. 2; le texte de la Convention a également été publié sous forme de fascicule par le Service d'information et des relations avec les médias du HCR (Genève).

[83] Voir Sohn et Buergenthal, op. cit., p. 103; et document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 153.

[84] Voir Déclaration de Carthagène sur les réfugiés (22 novembre 1984), publication du HCR, octobre 2006.

63. Alors que l'Organisation des États américains (OEA) avait adopté une définition plutôt étroite au paragraphe 7 de l'article 22 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme («Pacte de San José de Costa Rica»), cette approche extensive de la notion fut entérinée par la suite aussi bien par la Commission interaméricaine des droits de l'homme que par l'Assemblée générale de l'OEA[85].

64. Certes, on peut relever çà et là quelques différences dans la formulation des définitions, les variations tenant essentiellement à la question de savoir si tous les groupes qui fuient le territoire de leur État d'origine peuvent être considérés comme des réfugiés, indépendamment des motifs qui les contraignent au départ. On a pu dire que, à côté du «noyau central» de la définition du terme «réfugié», il y aurait des «zones grises» constituées de personnes dépourvues de toute protection vis-à-vis du gouvernement de leur État d'origine. Cette notion de «zone grise» est floue, imprécise, et pourrait être matière à controverse entre les candidats au statut de réfugié, voire les organisations internationales qui les assistent et les États d'accueil, car on pourrait être enclin à y intégrer aussi bien les personnes victimes de certaines formes de contraintes sociales que les victimes des mutations économiques qualifiées parfois de «réfugiés économiques», voire des personnes qui fuiraient leur pays pour de pures convenances personnelles. Il est donc d'un intérêt tant théorique que pratique de dégager une définition précise de la notion de «réfugié» en droit international et pour les besoins de la présente étude.

65. Au bénéfice des observations qui précèdent, et sur la base de la pratique des organisations internationales et des États[86], il y a lieu de dire que la définition du terme «réfugié» repose en droit international sur les éléments essentiels suivants: *a*) une personne humaine qui a franchi la frontière de son État d'origine; *b*) cette personne doit l'avoir fait sous la contrainte; et *c*) les causes de cette contrainte doivent être clairement identifiables: crainte, avec raison, de persécution raciale, religieuse, du fait de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, conflits armés internes ou internationaux, violence politique, agression, occupation extérieure, domination étrangère. En d'autres termes, on entend par «réfugié» une personne qui se trouve hors du pays dont elle a la nationalité ou, si elle est apatride, du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle, ou une personne qui est obligée de chercher refuge à l'extérieur de son pays d'origine par crainte, avec raison, d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, ou du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère, d'un conflit armé interne ou international, 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.

66. Le terme «réfugié» ainsi défini renvoie à la fois à un état et à un statut. C'est d'abord un état dans la mesure où est considérée comme réfugié toute personne qui entre dans la définition précédente sans même qu'il lui ait été octroyé le statut juridique de réfugié par le pays d'accueil. C'est ensuite un statut en ce que c'est l'acquisition dudit statut juridique dans des conditions et à travers des procédures établies par les conventions internationales[87] et les législations nationales qui lui permet de bénéficier de la protection juridique propre aux réfugiés. C'est ce statut juridique qui permet de distinguer l'intervention humanitaire en faveur d'une personne se trouvant dans la situation d'un réfugié (état) et la protection juridique et les droits que lui confère le statut légal de réfugié.

67. Cette distinction est importante en matière d'expulsion des étrangers. Alors qu'une personne ayant le statut de réfugié ne peut être expulsée de l'État d'accueil qu'exceptionnellement et à certaines conditions bien précises, l'expulsion des personnes possédant cet état et éventuellement en quête d'un tel statut obéit, comme on le verra, à des règles moins contraignantes. Le demandeur du statut de réfugié peut être traité dans certains cas comme un migrant illégal ou clandestin, et donc un étranger en situation irrégulière, alors que le bénéficiaire du statut de réfugié est régi par un régime juridique particulier, s'agissant en particulier de l'expulsion.

68. Certes, l'on s'accorde à dire que les droits reconnus aux réfugiés doivent être accordés à tous ceux qui, *prima facie*, apparaissent comme des réfugiés au regard de l'ordre juridique de tout État partie aux conventions internationales pertinentes, indépendamment de la légalité ou de l'illégalité de leur statut juridique[88]. Il existe cependant une controverse sur la signification des expressions «présence légale» et «séjour légal». Selon certaines opinions, la présence des réfugiés n'est pas légale aussi longtemps qu'elle n'a pas été reconnue comme telle par un État partie à la Convention relative au statut des réfugiés[89], c'est-à-dire tant qu'ils n'ont pas acquis le statut de réfugiés.

69. Une position quelque peu confuse consiste à dire que les réfugiés attendant la décision sur leur statut juridique n'entrent clairement ni dans la catégorie de «présence légale» ni dans celle de «présence illégale» et qu'il vaut mieux les considérer comme ayant une présence physique légale mais sans qu'ils puissent revendiquer le bénéfice de tous les droits reconnus à ceux qui bénéficient du statut légal de réfugiés[90].

70. D'autres auteurs contestent en revanche que des réfugiés puissent être considérés comme étant en situation régulière dès lors qu'ils sont admis à engager la procédure d'acquisition du statut légal de réfugié ou d'admission dans l'État d'accueil. Toutefois, ils estiment que là où l'État d'accueil n'a pas déterminé les mécanismes ou la procédure

[85] Voir document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 156.

[86] Ibid., par. 157.

[87] Ainsi, selon l'article I.A de la Convention relative au statut des réfugiés, un réfugié qui a la double nationalité doit pouvoir prouver qu'il craint la persécution ou ne jouit plus de la protection de l'un et l'autre pays dont il a la nationalité. En outre, un réfugié qui se soustrait de lui-même à la protection d'un pays dont il a la nationalité ou, s'il a perdu sa nationalité, l'a acquise de nouveau ne peut plus bénéficier de la protection du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

[88] Voir Grahl-Madsen, op. cit., p. 94; voir également Dent, *Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe*, p. 15.

[89] Voir, par exemple, Pellonpää, *Expulsion in International Law: A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, p. 292.

[90] Voir Grahl-Madsen, op. cit., p. 362.

d'accès au statut légal de réfugiés, la présence sur son territoire de réfugiés qui demandent à bénéficier d'un tel statut doit être considérée comme tacitement légale[91].

71. Quelles que soient les subtilités dans l'approche des uns et des autres, on doit relever néanmoins qu'une distinction est faite par tous entre les demandeurs du statut de réfugié ou ceux en attente d'un tel statut d'une part, et les bénéficiaires d'un tel statut d'autre part; tous s'accordent également sur le fait que la situation juridique des uns et des autres n'est pas identique. Le point qui appelle discussion est celui de la qualification de la situation juridique du demandeur du statut de réfugié entre le moment où il introduit sa demande et celui où une réponse lui est donnée. Certains estiment que l'on devrait parler d'un séjour légal limité dans le temps[92]. À vrai dire, la réponse relève des législations nationales et un examen approprié de la question se fera lors de l'analyse des conditions de l'expulsion.

### D. Personnes déplacées

72. Le réfugié est différent d'une personne déplacée. Se trouvant par la force des choses en territoire étranger, hors de son État d'origine ou de nationalité, la personne déplacée est dans une situation comparable à celle du réfugié. Mais elle ne saurait être assimilée à ce dernier bien qu'elle ait en général le même besoin de protection. L'élément de différenciation entre les deux situations réside dans les raisons du refuge à l'étranger. Les personnes déplacées hors du territoire de leur pays d'origine ou de nationalité le sont pour des raisons autres que celles énumérées dans la définition du réfugié en droit international. Il s'agit de personnes qui se trouvent hors de leur pays en raison de catastrophes qui sont soit naturelles, soit provoquées par l'homme. Cette catégorie de personnes est composée pour l'essentiel des victimes de telles catastrophes que l'on appelle aussi par facilité de langage des «réfugiés écologiques» ou «environnementaux». Ce sont ces personnes que vise l'Assemblée générale depuis 1977 lorsqu'elle parle des «réfugiés et personnes déplacées».

### E. Demandeurs et bénéficiaires d'asile

#### 1. Notion

73. Le droit d'asile est aujourd'hui établi comme une règle de droit international coutumier, bien qu'à l'origine il trouve son fondement dans les législations nationales[93]. Le paragraphe 1 de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose:

> Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays[94].

74. La règle ainsi posée est confortée par la Déclaration sur l'asile territorial qui énonce en son article 1:

> L'asile accordé par un État, dans l'exercice de sa souveraineté, à des personnes fondées à invoquer l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, y compris celles qui luttent contre le colonialisme, doit être respecté par tous les autres États[95].

75. Il s'agit d'un droit dont l'exercice relève de la souveraineté de l'État.

76. L'institution de l'asile est plus ancienne en droit international que la notion de réfugié bien que les deux notions aient des aspects communs. Selon les résolutions de l'Institut de droit international adoptées à sa session de Bath en 1950, «le terme "asile" désigne la protection qu'un État accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher[96]».

77. Cette définition permet d'appréhender le sens général de l'institution. Cependant, le régime juridique du droit d'asile varie suivant le lieu où il s'exerce et les règles applicables au bénéficiaire de l'asile.

#### 2. Types d'asile

78. À cet égard, on distingue trois types d'asile: l'asile territorial ou interne, l'asile externe ou diplomatique et l'asile neutre.

79. Les deux premiers types sont liés à des critères géographiques et de compétence territoriale et le dernier à la nature des bénéficiaires ainsi qu'aux règles qui leur sont applicables.

80. Le droit d'asile territorial s'entend du droit d'un État dit de refuge d'accorder à un étranger qui en fait la demande un abri ou une protection sur son territoire[97]. Hormis les personnes confrontées à la persécution, la Déclaration sur l'asile territorial inclut parmi ceux pouvant bénéficier de l'asile territorial les personnes qui «luttent contre le colonialisme[98]». Mais en sont exclus ceux qui font l'objet de «poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies», conformément au paragraphe 2 de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme[99].

81. Le droit conventionnel a contribué à circonscrire cette notion d'asile territorial. La Convention sur l'asile territorial précise les causes des persécutions pouvant donner aux victimes un droit d'asile territorial. L'article II de ladite Convention stipule:

---

[91] Voir Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, cité par Dent, op. cit., p. 17.

[92] Certains entendent par «séjour légal» (ou «régulier») la présence d'une durée de trois mois ou plus: voir Grahl-Madsen, op. cit., p. 374.

[93] Par exemple, en France, le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, intégré dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose que «[t]out homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République» (consultable à l'adresse suivante: www.conseil-constitutionnel.fr).

[94] Résolution 217 (III) de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948.

[95] Résolution 2312 (XXII) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1967.

[96] Institut de droit international, résolution intitulée «L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)», *Annuaire de l'Institut de droit international* (1950), p. 376.

[97] Voir Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, p. 232 et 233, et Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, p. 94.

[98] Art. 1, par. 1 (note 95 *supra*).

[99] Voir *supra* la note 94.

Le respect, par tous les États, de la juridiction que, conformément au droit international, chacun d'eux exerce sur tous les habitants se trouvant sur son territoire, s'étend sans exception aucune à la juridiction qu'il exerce sur les personnes qui y pénètrent venant d'un autre État où elles sont poursuivies pour leurs croyances, opinions ou affiliation politique, ou pour avoir commis des actes qui peuvent être considérés comme des délits politiques.

Aucune violation de souveraineté consistant en actes d'un gouvernement ou de ses agents contre la vie ou la sécurité d'une personne, perpétrés sur le territoire d'un autre État, ne peut être atténuée par le fait que la poursuite avait été entreprise hors de ses frontières ou qu'elle obéit à des mobiles politiques ou à des raisons d'État.

82. Dans le même ordre d'idées, la Convention américaine relative aux droits de l'homme dispose, au paragraphe 7 de son article 22:

Toute personne a le droit, en cas de persécution pour délits politiques ou pour délits de droit commun connexes à des délits politiques, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger conformément à la loi de chaque État et aux conventions internationales.

83. Le droit d'asile externe s'entend du droit d'un État d'accorder à des individus un refuge dans des lieux qui sont en dehors de son territoire, mais relèvent de sa compétence. Ces lieux sont variés. Selon l'Institut de droit international,

[l]'asile peut être accordé dans les hôtels des missions diplomatiques, les consulats, les bâtiments de guerre, les navires d'État affectés à des services publics, les aéronefs militaires et les lieux relevant d'un organe d'un État étranger admis à exercer autorité sur le territoire[100].

84. L'octroi de l'asile externe est largement tributaire de considérations politiques. Il en est ainsi en particulier lorsque l'asile externe prend la forme du droit d'asile diplomatique. Celui-ci est un droit de nature conventionnelle[101] que possède le Chef de mission de l'État accréditant, d'une part, de refuser de livrer aux autorités de l'État accréditaire des personnalités politiques, ressortissantes de ce dernier, qui se réfugient dans les locaux de la mission et, d'autre part, d'obtenir pour ces personnes des sauf-conduits leur permettant de s'expatrier[102].

85. Dans l'affaire du *Droit d'asile*[103], Víctor Raúl Haya de la Torre, chef du parti Alliance populaire révolutionnaire américaine, poursuivi avec d'autres membres dudit parti pour «délit de rébellion militaire[104]», avait cherché asile à l'ambassade de Colombie à Lima. Après avoir informé, par une lettre datée du 3 janvier 1949, le Ministre péruvien des affaires étrangères, conformément à la deuxième disposition de l'article 2 de la Convention fixant les règles à observer pour la concession du droit d'asile, signée par les deux pays à La Havane en 1928, de ce que M. Haya de la Torre se trouvait «asilé au siège de la mission [qu'il] dirige[105]», l'ambassadeur de Colombie précisa par une autre lettre datée du 14 janvier que, en exécution des instructions reçues de la chancellerie de son pays, le Gouvernement colombien, en conformité du droit que lui reconnaît l'article 2 de la Convention sur l'asile politique signée par les deux pays à Montevideo le 26 décembre 1933, «a qualifié M. Víctor Raúl Haya de la Torre comme asilé politique[106]».

86. Le Gouvernement péruvien contesta la légalité de l'asile qui avait été accordé et refusa de délivrer le sauf-conduit sollicité par la Colombie. La Cour internationale de Justice releva qu'au regard de l'article 2, paragraphe 2, de la Convention fixant les règles à observer pour la concession du droit d'asile la justification essentielle de l'asile se trouvait dans l'imminence ou la persistance d'un danger pour la personne du réfugié, et qu'il appartenait à la Colombie de faire la preuve des éléments de fait qui répondent à la condition ainsi énoncée. Selon la Cour, les cas d'asile cités par la Colombie ne permettaient pas de «se former une idée de la portée de ces cas, en tant que précédents de nature à établir l'existence d'une obligation juridique pour l'État territorial de reconnaître la validité d'un asile octroyé à l'encontre des poursuites engagées par la justice locale[107]». En outre, il se dégageait de ces cas que, de façon générale, «des considérations de convenance ou de simple opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment d'un devoir juridique quelconque[108]».

87. Ces remarques démontraient, selon la Cour,

que l'asile, tel qu'il a été pratiqué dans l'Amérique latine, est une institution qui, dans une mesure très large, doit son développement à des facteurs extrajuridiques. Les relations de bon voisinage des républiques, les intérêts politiques divers des gouvernements ont favorisé la reconnaissance mutuelle de l'asile en dehors de toute réglementation juridique nettement définie[109].

88. Mais la Cour notait également qu'il n'y avait pas de contestation entre les parties sur ce que «l'asile peut être accordé dans un but humanitaire pour protéger les criminels politiques contre l'action violente et désordonnée d'éléments irresponsables de la population[110]».

89. On relèvera que si certaines des observations précitées de la Cour tendent à indiquer que le droit d'asile diplomatique n'est pas reconnu en droit international général comme une institution légale créatrice de droits et obligations, l'on considère cependant que ce droit peut avoir une origine coutumière, non pas seulement dans une coutume régionale ou locale, mais dans une coutume générale. C'est sans doute en ce sens qu'il faut comprendre l'effort de codification de l'Institut de droit international à ce sujet, lors de sa session de Bath, en 1950:

L'asile peut être accordé à tout individu menacé dans sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté par des violences émanant des autorités locales ou contre lesquelles celles-ci sont manifestement impuissantes à le défendre, ou même qu'elles tolèrent ou provoquent. Ces dispositions s'appliquent dans les mêmes conditions lorsque de telles menaces sont le résultat de luttes intestines.

---

[100] Institut de droit international, «L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)», p. 377.

[101] L'asile diplomatique est assez fréquemment accordé par certains pays, notamment en Amérique latine où il apparaît comme une institution bien établie du droit international régional. Voir, à titre illustratif, la Convention fixant les règles à observer pour la concession du droit d'asile, adoptée par la VI[e] Conférence internationale américaine, et la Convention sur l'asile diplomatique.

[102] Salmon, op. cit., p. 94.

[103] *C.I.J. Recueil 1950* (note 78 *supra*).

[104] Ibid., p. 273.

[105] Ibid.

[106] Ibid.

[107] Ibid., p. 286.

[108] Ibid.

[109] Ibid.

[110] Ibid., p. 282 et 283.

Au cas où le fonctionnement des pouvoirs publics d'un pays se trouve manifestement désorganisé ou maîtrisé par une faction au point de ne plus offrir aux particuliers des garanties suffisantes pour la sécurité de leur vie, les agents diplomatiques […] peuvent accorder ou maintenir l'asile même à l'encontre des poursuites des autorités locales[111].

90. Ainsi donc, à la différence de l'asile territorial, le réfugié se trouve, dans le cas de l'asile diplomatique, sur le territoire de l'État dans lequel il a commis le délit. La décision d'octroyer l'asile comporte dans ce cas une dérogation à la souveraineté dans la mesure où elle dépend essentiellement de l'État dispensateur du droit d'asile diplomatique qui n'est tenu que par le fait qu'il ne peut qualifier la nature du délit reproché au demandeur de l'asile «par une décision unilatérale, définitive et obligatoire[112]» pour l'État où le délit a été commis. Dans la mesure où la décision d'octroyer l'asile soustrait le délinquant à la justice de l'État territorial et constitue par suite une intervention dans un domaine qui relève exclusivement de la compétence de cet État, la Cour estime ce qui suit: «Une telle dérogation à la souveraineté territoriale ne saurait être admise, à moins que le fondement juridique n'en soit établi dans chaque cas particulier[113].»

91. L'asile neutre s'applique en général dans un contexte de belligérance. Dans sa résolution de septembre 1906 sur le régime de la neutralité, l'Institut de droit international le définit dans les termes suivants (art. 7):

Le droit d'asile neutre est le droit de l'État neutre de donner, dans les limites de sa juridiction, retraite à ceux qui cherchent un refuge contre les calamités de la guerre[114].

92. Le refuge peut consister en une retraite et un séjour temporaire sur le territoire ou sur un navire public de l'État neutre, et les bénéficiaires de cet asile neutre peuvent être des membres des forces armées, des belligérants, des prisonniers de guerre évadés, des blessés et malades civils ou des réfugiés fuyant le conflit armé. Les bénéficiaires de l'asile neutre ne peuvent ni poursuivre leur participation aux combats, ni même conserver avec eux les instruments de combat. En effet, les membres actifs des forces armées doivent être désarmés et internés, tandis que les prisonniers de guerre évadés peuvent être assignés à résidence s'ils souhaitent rester dans l'État neutre[115].

93. La neutralité doit s'entendre ici de la non-implication d'un État dans le conflit. À cet égard, le droit des conflits armés fait obligation à l'État non partie au conflit

de soigner et traiter humainement [les] blessés et malades civils ainsi débarqués, mais il n'a pas, contrairement à ce qui est prévu pour les blessés et malades militaires, l'obligation de les garder jusqu'à la fin des hostilités. Les blessés et malades civils pourront demander leur rapatriement, notamment par l'intermédiaire de la représentation diplomatique de leur pays. Ils pourront aussi demander asile à l'État sur le territoire duquel ils se trouvent ou à un autre État[116].

94. L'asile neutre ne confère pas un statut permanent au bénéficiaire. Il vise à faire face, pour une durée limitée et sur la base de considérations essentiellement humanitaires, à une situation de crise grave mettant en danger la vie des personnes bénéficiaires. À cet égard, il diffère du droit d'asile classique dont on a évoqué précédemment la nature et la signification; ce d'autant plus que le bénéficiaire de l'asile neutre peut, comme on vient de l'indiquer, demander l'asile à l'État neutre ou à un autre État.

95. Qu'à cela ne tienne, les bénéficiaires de ce type d'asile intéressent également la question de l'expulsion des étrangers dans la mesure où la protection qui leur est offerte et les obligations de l'État neutre vis-à-vis d'eux montrent clairement qu'ils ne peuvent pas être éloignés du territoire de l'État neutre n'importe quand et n'importe comment.

### 3. Demandeurs d'asile et réfugiés

96. La distinction entre l'institution de l'asile et la notion de réfugié n'est pas toujours très claire pour tous. Les législations de certains pays utilisent indistinctement l'un et l'autre termes[117]. Celles d'autres pays emploient le terme «asile» dans un sens plus large que celui de «réfugié[118]». En cela, elles concordent avec le droit international. L'Association de droit international avait établi une distinction entre les deux notions en attribuant un sens plus large à celle d'asile par rapport à celle de réfugié[119]. Le projet de Convention sur l'asile territorial qu'elle a élaboré définissait respectivement les deux termes comme suit:

Article 1 *a*) Tous les États ont le droit d'accorder l'asile à toutes les personnes victimes de persécutions, ou qui ont une crainte justifiée de persécutions, et aux délinquants politiques.

*b*) Les Hautes Parties contractantes s'engagent à donner refuge sur leur territoire à tous ceux qui demandent l'asile en raison de persécutions pour des motifs de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un groupe social particulier, par lequel on entend notamment tout groupe régional ou linguistique, ou d'adhésion à une opinion politique particulière[120].

97. Les formes de persécution pouvant donner lieu à l'octroi du droit d'asile ne sont pas limitées, contrairement à celles ouvrant la voie au bénéfice du statut de réfugié. On relève par exemple que la persécution pour des raisons sexistes (ou de genre) ou de pratiques qui y sont liées a servi de base à des demandes d'asile au cours des récentes années[121].

98. La nécessité de la distinction entre l'asile et le statut de réfugié a également été soulignée par certains auteurs à partir de l'analyse du droit interne de leur pays. L'asile y est présenté comme la décision souveraine de l'État dont «l'effet est de permettre le séjour sollicité par un étranger», alors que le statut de réfugié constaté par l'organisme national compétent «donne à son bénéficiaire des droits particuliers, excédant ceux du simple séjour[122]».

---

[111] Voir *supra* la note 100.

[112] *C.I.J. Recueil 1950* (note 78 *supra*), p. 274 et 288.

[113] Ibid., p. 275.

[114] *Annuaire de l'Institut de droit international* (1906), p. 375.

[115] Voir Salmon, op. cit., p. 95.

[116] Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 337 et 338.

[117] Voir les exemples cités dans le document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 171, note 344.

[118] Ibid., note 345.

[119] Association de droit international, «Report and draft conventions on diplomatic and territorial asylum», p. 196 à 211.

[120] Ibid., p. 207.

[121] Voir Trebilcock, «Sex discrimination», p. 395.

[122] Norek, «Le droit d'asile en France dans la perspective communautaire», p. 204.

C'est dans l'ordre de cette distinction que le Conseil constitutionnel français, considérant que le droit d'asile est un droit fondamental, c'est-à-dire constituant en droit français «l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés[123]», affirme que les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit auquel le peuple français a proclamé solennellement son attachement, le droit selon lequel «tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République[124]».

99. La situation du demandeur d'asile se rapproche de celle du réfugié dans la mesure où le refoulement de l'un et l'autre est soumis à certaines limites qui n'interviennent pas en cas d'expulsion d'un étranger non demandeur du droit d'asile ou du statut de réfugié. La Convention relative au statut des réfugiés défend aux parties contractantes de refouler ou d'expulser «de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée» (art. 33, par. 1). De manière générale, l'étranger qui demande le droit d'asile est autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande. Suivant cette solution, la jurisprudence française, par exemple, a reconnu qu'il convenait qu'un demandeur d'asile qui réclame le statut de réfugié soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire français jusqu'à ce que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou, le cas échéant, la Commission des recours des réfugiés ait statué sur sa requête[125]. Si, pour le Conseil constitutionnel français, ce principe trouve son fondement dans le Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, pour le Conseil d'État en revanche, son fondement réside tant dans l'article 31, paragraphe 2, de la Convention relative au statut des réfugiés que dans la loi du 25 juillet 1952 portant création de l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides[126].

## F. Apatrides

100. Le terme «apatride» désigne, si l'on veut faire court, une personne sans nationalité. De façon un peu plus élaborée, on peut dire que c'est une personne qui n'a la nationalité d'aucun État ou qui n'a pas de nationalité en vertu de l'application de la législation pertinente de l'État concerné. D'aucuns pensent qu'on pourrait l'étendre à une personne qui a une nationalité mais ne jouit pas de la protection de son gouvernement[127]. Cette extension de la signification du terme est sujette à caution dans la mesure où elle pourrait donner lieu en pratique à des difficultés d'application. Car à partir de quel moment considère-t-on qu'un État n'assure pas la protection de son national? Cette protection induit-elle une obligation de résultat ou une obligation de moyens? Qui doit constater l'éventuelle défaillance de l'État dans l'acquittement de son obligation de protection? Et que faire des nombreux pays pauvres qui n'offrent pas toujours à leurs nationaux la protection requise même dans les situations où cette protection s'avère indispensable?

101. On conçoit en revanche sans difficulté sur le plan juridique qu'une personne peut devenir apatride pour n'avoir pas acquis une nationalité à la naissance, généralement appelée nationalité d'origine, ou pour l'avoir perdue subséquemment par déchéance de nationalité sans avoir acquis la nationalité d'un autre État[128]. Ce sont là des cas classiques d'apatridie.

102. Une définition précise de l'apatride est fournie par la Convention relative au statut des apatrides. Cette convention s'inspire à cet égard de la résolution de l'Institut de droit international adoptée à sa session de Bruxelles en 1936 selon laquelle «le terme *apatride* désigne tout individu qui n'est considéré par aucun État comme possédant sa nationalité[129]». Dans le même sens, mais avec un choix des mots et une précision qui améliorent la définition de l'Institut de droit international, l'article 1 de la Convention dispose au paragraphe 1: «Aux fins de la présente Convention, le terme "apatride" désigne une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation.»

103. Les législations de certains pays reprennent cette définition de la Convention relative au statut des apatrides ou définissent l'apatride suivant le sens commun comme une personne sans nationalité ou sans une nationalité connue[130].

104. On sait que, en dépit de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie[131], il existe toujours des apatrides dans divers États. Leur cas intéresse le présent sujet dans la mesure où l'apatride n'a pas le statut de ressortissant de l'État d'accueil, sans pour autant du reste avoir la nationalité de quelque autre État. Autrement dit, un apatride est juridiquement partout un étranger, et c'est pour cette raison que le droit international lui offre une protection particulière.

## G. Anciens ressortissants

105. Le terme d'«ancien ressortissant» ou d'«ancien national» d'un État s'applique à une personne qui n'a plus

---

[123] Franck, «L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature».

[124] Conseil constitutionnel, décision nº 93-325 DC du 13 août 1993, *Journal officiel*, 18 août 1993, p. 11722; voir aussi Fabre-Alibert, «Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France», p. 1183. Le droit d'asile étant en droit français un droit fondamental, la loi ne peut, suivant une jurisprudence bien établie, «en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle» (Conseil constitutionnel, décision nº 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, citée dans Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 609).

[125] Voir Abraham, «La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile», conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 13 décembre 1991 [2 espèces: 1) *M. Nkodia (Alfonso)*; 2) *Préfet de l'Hérault c. M. Dakoury*]; et, dans le sillage de cette jurisprudence, Conseil constitutionnel, décision nº 93-325 DC (note 124 *supra*), par. 84.

[126] Voir Fabre-Alibert, loc. cit., p. 1184.

[127] Voir Von Mangoldt, «Stateless persons», p. 656; et document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 173.

[128] Voir Jennings et Watts, op. cit., p. 886 à 890.

[129] Institut de droit international, «Statut juridique des apatrides et des réfugiés», p. 294.

[130] Voir document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 175, notes 350 à 355.

[131] Le paragraphe 1 de l'article 8 de cette convention dispose: «Les États contractants ne priveront de leur nationalité aucun individu si cette privation doit le rendre apatride.»

la nationalité de l'État dont elle était jusque-là un ressortissant. Cette situation peut résulter soit de la perte de la nationalité, soit de la déchéance de la nationalité[132].

106. La perte de la nationalité est une situation qui résulte obligatoirement d'une démarche volontaire entreprise par le ressortissant d'un État et qui a pour conséquence de mettre un terme à sa qualité de national dudit État. Généralement, cette situation découle de la naturalisation. Celle-ci est une démarche libre, aboutissant à l'acquisition volontaire d'une nationalité nouvelle par une personne qui, de ce fait, perd sa nationalité précédente si la législation de l'État dont il avait antérieurement la nationalité ou celle de l'État dont il acquiert la nationalité exclut la double nationalité ou la nationalité multiple. Un certain nombre de législations nationales, en particulier celles des jeunes États, contiennent de telles clauses d'exclusion de la plurinationalité[133].

107. La déchéance de la nationalité est, à la différence de la perte de nationalité, l'effet d'un acte de l'État qui prive une personne de sa nationalité. La déchéance peut être la sanction de manquements commis par un individu naturalisé au regard de la législation sur la nationalité de l'État dont il est devenu un ressortissant[134]. Dans ce cas, elle prend en général la forme d'un acte réglementaire. Mais elle peut aussi être prononcée par un acte législatif pour faire face à des situations particulières, telles que celle de nationaux devenus en droit ou en fait des ressortissants d'un autre État à la suite de l'éclatement d'un État donné en deux ou plusieurs États.

108. Une telle situation s'est présentée à la suite de la séparation de l'Érythrée de l'Éthiopie au terme du référendum d'autodétermination d'avril 1993 par lequel le peuple érythréen opta pour son indépendance. De nombreuses personnes ayant la nationalité éthiopienne et des origines érythréennes vivaient en Éthiopie, y avaient des biens et y menaient normalement leurs activités. L'Érythrée reprochait à l'Éthiopie d'avoir «illégalement dénationalisé, expulsé, maltraité et privé de leurs biens des dizaines de milliers de citoyens éthiopiens ayant des origines érythréennes en violation de nombreuses obligations juridiques internationales[135]».

109. L'Éthiopie contesta cette allégation et cette opposition donna lieu à l'affaire *Érythrée c. Éthiopie* qui fut soumise à l'arbitrage d'une Commission des réclamations, laquelle a rendu une sentence partielle à ce sujet le 17 décembre 2004[136]. Cette affaire, sur laquelle on reviendra plus en détail en diverses occasions dans le cadre du présent sujet, soulève à la fois le problème de la perte ou déchéance de nationalité en cas de succession d'États et de la déchéance des binationaux d'une de leurs nationalités suivie d'expulsion en cas de conflit armé, parce que les intéressés deviennent des ressortissants d'un État ennemi.

### H. Étrangers du fait de la perte de nationalité à la suite de la naissance d'un État nouveau

110. L'État nouveau peut naître de la décolonisation, du transfert ou de la séparation d'une partie du territoire, par unification, dissolution ou démembrement d'un État existant. L'État nouveau, qu'on l'appelle État successeur ou autrement, a parmi ses prérogatives souveraines le pouvoir d'octroyer ou de refuser sa nationalité suivant les règles de son droit interne, mais, comme le rappelait la Commission dans le préambule de son projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, «dans les limites tracées par le droit international»; et les décisions prises dans ce domaine doivent tenir «dûment compte à la fois des intérêts légitimes des États et de ceux des individus[137]». Or, en la matière, l'intérêt majeur des individus, c'est d'avoir une nationalité, le droit de tout individu à une nationalité apparaissant aujourd'hui comme un principe fondamental du droit international[138]. Le projet d'articles de la Commission précité tel qu'adopté en seconde lecture en 1999[139] rappelle ce principe en son article 1:

> Toute personne physique qui, à la date de la succession d'États, possédait la nationalité de l'État prédécesseur, quel qu'ait été le mode d'acquisition de cette nationalité, a droit à la nationalité d'au moins un des États concernés, conformément aux présents articles.

111. Un des objectifs majeurs du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, qui introduit une «présomption de nationalité», est de prévenir les cas d'apatridie. On a pu dire qu'il réalisait «un équilibre satisfaisant entre les nécessités pratiques liées à la succession d'États et les préoccupations liées aux droits de l'homme, [et] pourrait contribuer à stabiliser une pratique encore fluctuante[140]». Pour autant, il n'élimine pas totalement les risques d'apatridie. Par ailleurs, il n'exclut pas du tout qu'un individu qui pourrait avoir une double nationalité du fait de la naissance d'un État nouveau puisse en perdre une, devenant ainsi un étranger dans l'État dont il a perdu la nationalité,

---

[132] Par exemple, aux termes de l'article 2 de la loi n° 1968-LF-3 du 11 juin 1968 portant Code de la nationalité camerounaise: «La nationalité camerounaise s'acquiert ou se perd après la naissance, par l'effet de la loi ou par une décision de l'autorité publique prise dans les conditions fixées par la loi» (*Journal officiel de la République fédérale du Cameroun*, 15 juillet 1968).

[133] Le même Code de la nationalité camerounaise dispose en son article 31:

«Perd la nationalité camerounaise:

«*a*) [l]e Camerounais majeur qui acquiert ou conserve volontairement une nationalité étrangère;

«*b*) [c]elui qui exerce la faculté de répudier la qualité de Camerounais conformément aux dispositions de la présente loi;

«*c*) [c]elui qui, remplissant un emploi dans un service public d'un organisme international ou étranger, le conserve nonobstant l'injonction de le résigner faite par le Gouvernement camerounais.»

[134] Cour permanente d'arbitrage, Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, sentence arbitrale partielle: Mauvais traitements des populations civiles, réclamations de l'Érythrée n$^{os}$ 15, 16, 23 et 27 à 32, 17 décembre 2004, par. 10 (voir *supra* la note 58).

[135] Ibid.

[136] Ibid.

[137] *Annuaire… 1999*, vol. II (2$^{e}$ partie), p. 21, par. 47.

[138] Ce droit est proclamé à l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (note 94 *supra*) et rappelé aux articles 4 et 18 de la Convention européenne sur la nationalité.

[139] Voir *supra* la note 137. Voir également les rapports sur ce projet d'articles de M. Václav Mikulka, Rapporteur spécial pour ce sujet (1995-1998) [*Annuaire… 1995*, vol. II (1$^{re}$ partie), p. 169, document A/CN.4/467; *Annuaire… 1996*, vol. II (1$^{re}$ partie), p. 123, document A/CN.4/474; *Annuaire… 1997*, vol. II (1$^{re}$ partie), p. 9, document A/CN.4/480 et Add.1; et *Annuaire… 1998*, vol. II (1$^{re}$ partie), p. 309, document A/CN.4/489]; et Economides, «Les effets de la succession d'États sur la nationalité des personnes physiques».

[140] Daillier et Pellet, op. cit., p. 543, par. 354.

et par conséquent expulsable. En effet, la répartition des populations entre l'État originaire et l'État nouveau qui en dérive étant généralement à base ethnique, il suffit que l'État originaire ou ancien décide de priver de sa nationalité les éléments du groupe ethnique constitutif de la population de l'État nouveau qui choisissent la nationalité de ce dernier pour que de nombreux individus deviennent subitement des étrangers dans un État où ils étaient établis parfois depuis très longtemps. L'affaire *Érythrée c. Éthiopie*[141] offre une assez bonne illustration de cette hypothèse, si l'on exclut le fait que la décision de priver les ressortissants éthiopiens d'origine érythréenne de leur nationalité éthiopienne eut pour facteur déclenchant l'éclatement de la guerre entre les deux pays en 1998.

### I. Ressortissants d'un État en situation de conflit armé avec l'État d'accueil

112. Pendant longtemps et jusqu'à la fin du XIX[e] siècle au moins, les États se considéraient en droit d'expulser de leurs territoires les ressortissants d'une puissance ennemie. Un tel droit s'exerçait sur la base d'une distinction entre étrangers amis et étrangers ennemis, sans discriminer parmi ces derniers entre ceux qui participaient d'une manière quelconque aux efforts de guerre de leur pays d'origine ou qui avaient une attitude hostile vis-à-vis de l'État d'accueil et ceux qui y menaient une vie paisible. La doctrine britannique avait une position tranchée sur ce point, dans les termes suivants:

> Rien ne saurait être plus clair que le droit du pouvoir exécutif britannique en temps de guerre d'exclure les sujets d'une puissance ennemie. Il en va de même de l'entrée en tout temps de souverains ou d'ambassadeurs étrangers, puisqu'ils représentent la souveraineté d'un État étranger, et leur entrée de force à n'importe quel moment constituerait un *casus belli*. Dans un cas comme dans l'autre, aucun préjudice à l'encontre de ces personnes résultant de leur exclusion du territoire britannique par des responsables de l'exécutif ne les autoriserait à intenter une action auprès d'un tribunal anglais[142].

113. Une conception aussi radicale n'a plus droit de cité de nos jours où l'attention soutenue qu'accorde la communauté internationale à la protection des droits de l'homme a conduit à l'atténuation, voire, dans certains cas, à l'abandon de certaines pratiques traditionnelles incompatibles.

114. Pour autant, on ne peut soutenir que le principe ou la pratique de l'expulsion de l'étranger «ennemi» ou ressortissant d'un État en conflit armé avec l'État d'accueil ait disparu. Dans l'affaire *Érythrée c. Éthiopie*, l'Érythrée a accusé l'Éthiopie de s'être livrée à un «nettoyage ethnique[143]» en procédant à une expulsion massive d'Éthiopiens d'origine érythréenne, donc à l'expulsion de ses propres nationaux en violation du droit international. Suivant sur ce point l'argumentation de l'Éthiopie, la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie relève que le droit international humanitaire donne aux belligérants de larges pouvoirs d'expulser les ressortissants de l'État ennemi de leur territoire durant le conflit. La Commission s'est appuyée à cet égard sur l'un des ouvrages de référence en droit international, en l'occurrence l'*Oppenheim's International Law* où il est écrit:

> Le droit des États d'expulser des étrangers est généralement reconnu. Peu importe si l'étranger effectue une visite temporaire ou s'il s'est installé pour des raisons professionnelles, pour affaires ou pour d'autres motifs sur le territoire de l'État et y a élu domicile.
>
> Par ailleurs, même si un État jouit d'un pouvoir discrétionnaire étendu pour exercer son droit d'expulser un étranger, ce pouvoir n'est pas absolu. Ainsi, en vertu du droit international coutumier, il ne peut pas abuser de ce droit en décidant arbitrairement d'expulser un étranger, et il doit agir de façon raisonnable dans la manière dont il procède à l'expulsion. Toutefois, le droit international coutumier ne fixe aucune règle détaillée concernant l'expulsion et, en conséquence, tout dépend du fond de chaque affaire. La théorie et la pratique font à juste titre une distinction entre l'expulsion en temps de guerre et l'expulsion en temps de paix. Un belligérant peut considérer comme pratique d'expulser tous les ressortissants hostiles qui résident ou se trouvent temporairement sur son sol: même si cette mesure peut être très dure vis-à-vis des étrangers, elle est généralement considérée comme justifiable[144].

Cette opinion est partagée par la plupart des auteurs de droit international humanitaire[145].

115. La Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie a par ailleurs considéré, dans ce contexte, que c'est légalement que l'Éthiopie avait déchu de leur nationalité éthiopienne un nombre important de binationaux (Éthiopiens-Érythréens) à la suite de leur identification par la Commission éthiopienne de sécurité. Et d'ajouter:

> L'Éthiopie a pu expulser légalement ces personnes en tant que ressortissants d'un pays ennemi belligérant, bien qu'elle était tenue d'assurer leur protection conformément à la quatrième Convention de Genève [relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre] et à d'autres dispositions applicables du droit international humanitaire[146].

### J. Travailleurs migrants

116. Le problème des travailleurs migrants existe sur tous les continents comme l'ont montré les séminaires régionaux sur la question[147]. Le phénomène ne cesse de s'amplifier avec le développement des moyens de transport internationaux. La diversité conséquente des travailleurs migrants demande pour chaque cas une attention particulière dont le défaut a souvent ouvert la voie à

---

[141] Voir *supra* la note 58.

[142] Griffin, «Colonial expulsion of aliens», p. 91.

[143] Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie (note 58 *supra*), p. 19, par. 80.

[144] Jennings et Watts, op. cit., p. 940 et 941, par. 413; voir également Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie (note 58 *supra*), p. 19, par. 81.

[145] Voir, par exemple, Doehring, «Aliens, expulsion and deportation», p. 16 («Il peut néanmoins être justifié pour un État d'expulser un groupe quel que soit le comportement individuel de ses membres, si la sécurité et l'existence de l'État expulsant sont sérieusement menacées, par exemple […] pendant un état de guerre»); Draper, *The Red Cross Conventions*, p. 36 et 37, cité dans Whiteman, *Digest of International Law*, p. 274 (qui mentionne «le droit coutumier d'un État d'expulser tous les étrangers ennemis lorsqu'un conflit éclate»); et Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, p. 287, sect. 589, par. 5.

[146] Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie (note 58 *supra*), p. 20, par. 82.

[147] Voir Elles, *Dispositions internationales pour la protection des droits de l'homme des non-ressortissants*, p. 24. De manière générale pour un exposé plus détaillé sur la protection des droits des travailleurs migrants fourni par des études produites dans le cadre des Nations Unies, voir: l'étude de M[me] Halima Embarek Warzazi, «Exploitation de la main-d'œuvre par un trafic illicite et clandestin» (E/CN.4/Sub.2/351); la résolution de l'Assemblée générale 2920 (XXVII) du 15 novembre 1972; et le rapport final de M[me] Warzazi (E/CN.4/Sub.2/L.629 du 4 juillet 1975); ainsi que le rapport du Séminaire sur les droits de l'homme des travailleurs migrants tenu à Tunis du 12 au 24 novembre 1975 (ST/TAO/HR/50), soumis par la Commission des droits de l'homme à l'Assemblée générale à sa trente et unième session (voir résolution 31/127 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1976).

l'édiction de règles discriminatoires pour cette catégorie de travailleurs dans les pays d'accueil[148].

117. On entend par «travailleur migrant» une personne qui immigre d'un pays à un autre dans le but d'obtenir un emploi et non pas de se mettre à son propre compte[149]. C'est dans ce sens que le terme est défini dans les Conventions de l'OIT nº 97 concernant les travailleurs migrants (révisée) et nº 143 sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants comme «une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte; il inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant[150]».

118. Suivant la même inspiration, l'expression désigne, au paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille[151], qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2003, «les personnes qui vont exercer, exercent ou ont exercé une activité rémunérée dans un État dont elles ne sont pas ressortissantes».

119. Il est à noter que l'expression «qui vont exercer» renvoie au travailleur migrant potentiel qui détient un contrat de travail. Au total, ces définitions excluent, d'une part, toute personne qui cherche un premier emploi dans un pays étranger sans un contrat de travail déjà conclu avec son employeur, d'autre part, les travailleurs migrants illégaux. De même, elles excluent d'autres catégories de personnes telles que les travailleurs transfrontaliers, les membres des professions libérales et les artistes entrant dans un pays pour une courte période, ceux qui entrent pour les besoins d'éducation ou de formation et les travailleurs employés dans un pays d'accueil pour une durée déterminée pour achever un travail.

120. En revanche, les instruments juridiques de l'OIT n'en excluent pas les personnes bénéficiaires du statut de réfugiés, au contraire de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille qui exclut de son champ d'application les réfugiés et les apatrides[152]. La raison en est que ces catégories de personnes bénéficient déjà d'un statut international spécifique qui leur offre une protection particulière. On a relevé cependant que leur exclusion du champ de la Convention crée une situation anormale dans laquelle les demandeurs d'asile sont considérés comme des «travailleurs migrants» s'ils sont autorisés à travailler dans le pays d'accueil, mais perdent ce statut de travailleurs migrants sous l'empire de cette convention une fois que leur est accordé le statut de réfugié ou d'exilé[153].

121. Une gamme variée d'instruments juridiques internationaux offre aux travailleurs migrants une protection étendue[154]. Relativement au sujet à l'examen, le principe est celui de la non-expulsion collective des travailleurs migrants, les expulsions individuelles elles-mêmes étant soumises à certaines conditions que l'on examinera subséquemment dans le cadre du régime des expulsions.

122. On vient d'identifier les différentes catégories de personnes qui, de par leur situation (le fait de se trouver légalement ou illégalement sur le territoire d'un État dont ils ne sont pas des ressortissants), leur statut juridique (réfugiés, exilés, apatrides, binationaux ou multinationaux déchus de la nationalité de l'État territorial) ou leurs activités (travailleurs migrants), font partie des étrangers dont l'expulsion entre dans le cadre du présent sujet. Sur cette base, il y a lieu de proposer, aux fins de la détermination du champ d'application, le projet d'article suivant:

*«Article 1. Champ d'application*

«1. Le présent projet d'articles s'applique à toute personne se trouvant dans un État dont elle n'est pas un ressortissant.

«2. Il s'applique en particulier aux étrangers en situation régulière ou irrégulière dans l'État d'accueil, aux réfugiés, asilés, apatrides, travailleurs migrants, ressortissants d'un État ennemi, ressortissants de l'État expulsant ayant perdu leur nationalité ou déchus de celle-ci.»

[148] Voir Elles, op. cit., p. 24.

[149] Voir Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, p. 101, 102 et 150; voir également Dent, op. cit., p. 24 et 27.

[150] Art. 11, par. 1, de la Convention nº 97. On notera que la Convention nº 143 inclut dans la définition une personne qui «a émigré» d'un pays vers un autre.

[151] Cette convention est le résultat de l'étude sur la condition des travailleurs migrants menée par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à la demande du Conseil économique et social [voir résolution 1789 (LIV) du 18 mai 1973].

[152] Voir l'article 3 de la Convention, lequel établit la liste des catégories de personnes exclues de la couverture de la Convention.

[153] Voir Cholewinski, op. cit., p. 153.

[154] Ces instruments juridiques, tant de caractère universel que régional et bilatéral, seront mentionnés et analysés le moment venu dans les rapports subséquents, notamment à l'occasion de l'examen des principes applicables en matière d'expulsion ainsi que des motifs et des conséquences de celle-ci.

## Chapitre II

## Définitions

123. L'une des principales difficultés du sujet réside dans la détermination du sens et du contenu exacts de ces notions clefs que sont les termes «étranger» et «expulsion». Il convient par conséquent de les cerner au mieux en recherchant leur signification précise en droit ou, à tout le moins, le sens dans lequel on entend les employer aux fins de la présente étude et du projet d'articles à venir. Comme on l'a indiqué dans le rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers[155], dans la mesure où la notion d'expulsion ne se comprend qu'en relation avec celle d'étranger, on examinera celle-ci avant celle-là.

[155] Voir *supra* la note 1.

## A. Étranger

124. Le terme «étranger» ne se définit pas par lui-même mais par rapport à ce qu'il n'est pas, en l'occurrence le «national» ou celui qui a la nationalité d'un État donné, ou encore par opposition aux ressortissants dudit État. Dans cet ordre d'idées, l'étranger est celui qui relève d'une autre nation ou d'un autre État, une personne qui ne possède pas la nationalité du for[156]. C'est dans ce sens que le terme «étranger» s'applique, à l'article 1 de la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent[157], «à tout individu qui ne possède pas la nationalité de l'État dans lequel il se trouve».

125. L'étranger se définirait ainsi à partir d'une opposition basée sur un critère essentiel, le lien de nationalité avec l'État territorial. Ce critère ne suffirait cependant pas à déterminer *a contrario* toutes les personnes entrant dans la catégorie «étranger» telle qu'envisagée par le présent sujet, ce d'autant plus que le langage du droit international utilise à côté du terme «national» des synonymes tels que «citoyen», «sujet[158]» et «ressortissant» qui ne renvoient pas nécessairement au même type de lien juridique entre l'individu et l'État territorial. On approchera donc la notion d'étranger à partir des concepts opposés précités. L'intérêt d'une telle approche est que, en déterminant parmi ces concepts les plus aptes à appréhender l'ensemble des personnes qui ressortissent à la juridiction d'un État, on identifie par là même le terme idoine pour désigner la relation d'appartenance d'un étranger à son État d'origine ou de rattachement.

126. Il s'agit très précisément de répondre à la question suivante: l'étranger s'entend-il uniquement par opposition à une personne ayant la nationalité de l'État territorial (un national), ou également par rapport à un citoyen, un sujet ou un ressortissant d'un État d'origine ou de rattachement? On examinera tour à tour chacune de ces notions.

### 1. National

127. Employé comme substantif, le terme «national» désigne une personne qui possède la nationalité du for, la nationalité étant le lien de droit qui unit à un État déterminé une personne, physique en l'occurrence, soit dès sa naissance, soit postérieurement à sa naissance, par naturalisation, mariage ou effet de la loi. Comme l'a écrit la Cour internationale de Justice dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Nottebohm*:

> 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 devoirs. Elle est […] 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[159].

128. L'étranger peut être le national d'un État d'origine ou de rattachement, ou au contraire un non-national de l'État territorial ou du for. Mais ce critère de lien de nationalité est restrictif de la notion d'étranger, car tous les étrangers ne sont pas nécessairement des nationaux d'un État déterminé.

129. On se gardera en tout cas, dans le cadre du présent sujet, de déterminer l'étranger par rapport au critère de nationalité. Non seulement les conditions d'accès à la nationalité relèvent strictement du droit interne de chaque État, ce dernier pouvant octroyer ou refuser discrétionnairement sa nationalité, mais on sait combien complexe est apparu le débat sur la question de la nationalité dans la jurisprudence internationale[160]. Sur le plan du droit international, le Rapporteur spécial, M. John R. Dugard, a par ailleurs exposé dans son premier rapport sur la protection diplomatique[161] que, bien que l'affaire *Nottebohm* était considérée comme le fondement de l'exigence d'un lien effectif entre l'individu et l'État de nationalité, l'arrêt rendu dans cette affaire était une «décision atypique», d'une part parce que des soupçons pesaient sur la régularité de l'octroi de la nationalité liechtensteinoise à Nottebohm, d'autre part parce que ce dernier avait des liens étroits avec le Guatemala[162]. Le débat qui s'en est suivi a révélé une controverse doctrinale au sein de la Commission même sur les critères d'octroi de la nationalité: *jus soli*, *jus sanguinis*, nationalité par adoption, légitimation, reconnaissance, mariage ou quelque autre moyen, «naturalisation involontaire», «naturalisation volontaire», ou «naturalisation valide» suivant l'expression employée dans l'affaire *Flegenheimer*[163], critère de la «bonne foi». Mieux vaut éviter cette controverse, d'autant plus que, quelles que soient les opinions doctrinales et jurisprudentielles, ce sont toujours les législations nationales qui fixent les critères d'octroi de la nationalité des États.

### 2. Citoyen

130. Le mot «citoyen» s'entend en droit international d'un individu bénéficiant des droits politiques qui lui permettent de participer à la vie de l'État[164]. Cette définition générale ne permet pas de déterminer la nature du lien de

---

[156] Salmon, op. cit., p. 468 et 469.

[157] Résolution 40/144 de l'Assemblée générale, en date du 13 décembre 1985.

[158] En ce qui concerne le terme «sujet», Rivier écrit: «Sujets, nationaux, citoyens, régnicoles: autant de termes synonymes, dont l'opposé est *étranger*» (*Principes du droit des gens*, p. 137).

[159] *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4 et suiv., en particulier p. 23.

[160] Voir, par exemple, le débat sur la question dans l'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) du 15 septembre 1923. À propos des dispositions de l'article 93 du Traité entre les principales Puissances alliées et associées et la Pologne, la Cour déclare qu'«elles élargissent considérablement les conceptions de minorité et de population en parlant, d'une part, des *habitants* des territoires» (*Acquisition de la nationalité polonaise*, avis consultatif, 1923, *C.P.J.I. série B, n° 7*, p. 14).

[161] *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), p. 219, document A/CN.4/506 et Add.1.

[162] Ibid., vol. II (2e partie), p. 82, par. 457.

[163] Affaire *Flegenheimer*, sentence n° 182 du 20 septembre 1958, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (numéro de vente: 65.V.4), p. 327. Voir également *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), p. 245, par. 111, et ibid. vol. II (2e partie), p. 84, par. 464 et 465.

[164] L'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose:

> «Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables:

rattachement entre le citoyen et l'État en question. Il se peut que ce soit un lien de nationalité, car dans un certain sens le citoyen est synonyme de national, ou de ressortissant d'un État. C'est ce que confirme un avis juridique du Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies qui écrivait en 1980:

> La «nationalité» et la «citoyenneté» relèvent dans l'ensemble de la législation nationale, sauf lorsque le pouvoir discrétionnaire de l'État est limité par les obligations internationales. Les deux termes visent le statut de l'individu dans ses rapports avec l'État. Ils sont parfois utilisés de façon synonyme mais ne définissent pas nécessairement les mêmes rapports avec l'État[165].

131. En effet, la citoyenneté ne coïncide pas toujours avec la nationalité, du moins en ce qui concerne le fondement juridique de l'une et l'autre ainsi que la nature de leurs rapports respectifs avec l'État. Le droit de l'Union européenne illustre fort bien cette observation. Il affirme que la citoyenneté est celle de l'Union cependant que la nationalité est celle de chaque État membre. L'article 17 (ex-art. 8) du Traité instituant la Communauté européenne dispose à cet égard:

> 1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.
>
> 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité[166].

132. Certes, l'accès à la citoyenneté européenne est clairement conditionné par la possession de la nationalité d'un État membre de l'Union européenne. Il reste que la jouissance par un national d'un État membre de l'Union des droits liés à la citoyenneté européenne dans un autre État de l'Union dont cette personne n'a pas la nationalité n'est pas tributaire de ce dernier lien juridique, mais du seul lien de citoyenneté. Autrement dit, un Européen ne peut être étranger dans aucun État membre de l'Union européenne, et ce alors même qu'il aurait la nationalité d'un seul État membre de l'Union. Sous ce rapport, la citoyenneté est donc plus large que la nationalité et soustrait à la catégorie d'étrangers des personnes qui en seraient suivant le seul critère de la nationalité.

### 3. Sujet

133. Un sujet s'entend d'une personne assujettie à un monarque ou à un prince vis-à-vis de qui il fait allégeance. Il est en monarchie ce que le citoyen est en république. On parlera par exemple de citoyens de la République française, des États-Unis d'Amérique ou de la République du Cameroun, et des sujets belges, espagnols ou de Sa Gracieuse Majesté britannique. C'est en ce sens que la Convention entre la Belgique et l'Espagne signée à Madrid le 1er mars 1839 pour régler la faculté d'acquérir et de succéder entre les sujets de deux États stipulait, dans son article 2, que

> [l]ors de l'exportation des biens recueillis, à quelque titre que ce soit, par des sujets belges dans les États de Sa Majesté Catholique, ou par des sujets espagnols dans les États de Sa Majesté le Roi des Belges, il ne sera prélevé sur ces biens aucun droit de détraction ou d'émigration[167].

134. À l'époque coloniale, le terme «sujets» désignait les nationaux indigènes habitant les colonies par opposition aux «citoyens» venant de la métropole[168]. Une note du Service juridique du Ministère français des affaires étrangères du 12 janvier 1935 précisait:

> L'expression «ressortissant» est généralement considérée en France comme visant, outre les Français de la métropole, les sujets coloniaux et les ressortissants des pays de protectorat.
>
> Pour les sujets, aucun doute n'est possible; pour les protégés, qui sont parfois désignés à côté des ressortissants, la chose étant moins certaine […][169].

135. Le *Dictionnaire de droit international public* ajoute que le mot «sujet» est aussi «synonyme de national ou citoyen[170]». Mais, de ce qui précède, on peut noter que le terme «ressortissant» peut signifier les trois catégories de personnes à la fois.

### 4. Ressortissant

136. Dans son usage courant, le terme «ressortissant» est synonyme de «national». Mais la synonymie entre les deux termes se dégage également de certains instruments juridiques internationaux[171] ainsi que de la jurisprudence internationale.

137. Dans la question posée par le Conseil de la Société des Nations à la Cour permanente de justice internationale dans l'avis consultatif n° 7, le Conseil semble donner au terme «ressortissant» la signification de «personne ayant la nationalité de». En introduction à sa question, le Conseil relève en effet ceci:

> Le Gouvernement polonais a décidé de traiter certaines personnes, anciens ressortissants allemands, comme n'ayant pas acquis la nationalité polonaise et comme continuant à posséder la nationalité allemande, ce qui les expose en Pologne à l'application à leur égard du régime concernant les personnes de nationalité non polonaise, notamment de nationalité allemande[172].

138. Dans son arrêt rendu dans l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour écrit:

---

«*a*) de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;

«*b*) de voter et d'être élu […];

«*c*) d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.»

[165] *Annuaire juridique des Nations Unies*, 1980 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.83.V.1), p. 209.

[166] Notons que le Traité reconnaît aux citoyens européens le bénéfice de nombreux droits dont certains sont généralement attachés à la nationalité, notamment: libre circulation et libre séjour sur le territoire des États membres (art. 18); droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il réside (art. 19); droit à la protection diplomatique de tout État membre dans les pays tiers où son État n'est pas représenté (art. 20); droit de pétition, droit de s'adresser au médiateur (art. 21).

[167] Parry, *The Consolidated Treaty Series*, vol. 88, p. 330.

[168] Voir Salmon, op. cit., p. 1061.

[169] Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. II, p. 236. Voir également Pillet et Niboyet, *Manuel de droit international privé*, p. 66, note 2.

[170] Voir *supra* la note 168.

[171] Par exemple, aux termes de l'article 30, paragraphe 1, de la Convention européenne d'établissement: «Sont considérés comme ressortissants aux termes de la présente Convention les personnes physiques possédant la nationalité d'une des Parties Contractantes.»

[172] *Acquisition de la nationalité polonaise* (voir *supra* la note 160), p. 6.

[D]e l'avis de la Cour, la notion de «ressortissant» comprend, également, les communes telles que la Ville de Ratibor. Il est exact, comme il a été exposé, à propos du cas de la Société Königs- und Laurahütte, que le terme «ressortissant» dans la Convention de Genève vise, en général, les personnes physiques. Mais une relation analogue à celle qui existe entre les personnes physiques et l'État et qu'on appelle la nationalité, existe également, quoique sous une forme différente, pour les corporations de droit public[173].

139. La question du *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig* est révélatrice d'une conception restrictive de la notion de «nationaux» laissant entendre que d'autres personnes de la même origine et parlant la même langue ne seraient pas automatiquement des nationaux, et que ce terme ne coïncide pas avec celui de «ressortissants». On a d'ailleurs fait valoir dans cette affaire que «si la discrimination n'était interdite que du fait de la nationalité, de l'origine ou de la langue polonaise, il serait possible pour Dantzig de fermer son territoire à tous les Polonais pourvu que l'exclusion s'appliquât également aux autres étrangers[174]», soulignant ainsi la distinction entre les nationaux d'un État et les personnes d'origine de cet État.

140. En revanche, il ressort du même avis que le terme «ressortissant» recouvrirait bien les trois catégories de personnes qui étaient en cause dans cette affaire. La Cour relève en effet que lorsque la Conférence des Ambassadeurs procéda à l'élaboration de la Convention relative au statut de la ville libre de Dantzig, elle avait devant elle trois projets préliminaires dont l'un était soumis par la ville de Dantzig et les deux autres par la Pologne: «Le projet dantzikois contenait des dispositions détaillées, relatives aux droits des ressortissants des deux Parties contractantes […]. Le second projet polonais contenait des dispositions en vue du traitement national des ressortissants polonais fondé sur le principe de réciprocité.» La Cour ajoute d'ailleurs que «[l]a question du traitement national des ressortissants polonais […] avait été soulevée, tant dans le projet dantzikois que dans les projets polonais», mais qu'«au lieu d'accorder aux ressortissants polonais à Dantzig le traitement national […], la Conférence des Ambassadeurs traita la matière dans l'article 30 [qui accorde] aux nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise», non pas le traitement national, «mais bien le régime de protection des minorités[175]».

141. Dans l'avis consultatif du 6 avril 1935 à propos des *Écoles minoritaires en Albanie*, la Cour permanente de justice internationale confirme pour ainsi dire le caractère englobant du terme «ressortissant» par rapport à celui de «national» quand elle écrit que pour atteindre l'idée qui est à la base de tout traité de protection des minorités, il faut tout d'abord «assurer que les ressortissants[176] appartenant à des minorités de race, de religion ou de langue se trouvent, à tous les points de vue, sur un pied de parfaite égalité avec les autres ressortissants de l'État[177]». La Cour relevait par ailleurs que «[t]ous les ressortissants albanais jouissent de l'égalité en droit stipulée dans l'article 4[178]» de la Déclaration du 2 octobre 1921, et a établi que l'alinéa 1 de l'article 5 de cette déclaration «assure aux ressortissants albanais appartenant à des minorités de race, de religion ou de langue, le droit stipulé dans la seconde phrase de cet alinéa[179]».

142. Dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, comme dans toutes les affaires portées devant la Cour internationale de Justice et sa devancière et où sont en cause les ressortissants d'une des parties, le terme «ressortissant» est traduit en anglais par *national*. Dans cette affaire, la France priait la Cour de dire et juger que «les privilèges des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc sont uniquement ceux qui résultent du texte des articles 20 et 21 du Traité du 16 septembre 1836[180]». Quant au Gouvernement des États-Unis, il estimait que la compétence judiciaire que les Traités de 1787 et 1836 ont conférée aux États-Unis existait au civil et au criminel «pour toutes les affaires entre citoyens américains[181]», et que les États-Unis ont acquis au Maroc, par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée ainsi que par la coutume, «une compétence judiciaire pour toutes affaires où un citoyen ou protégé américain est défendeur[182]». Il est vrai que l'article 21 du Traité de paix de 1836 employait le terme «citoyen[183]» et non pas celui de «ressortissant», mais assurément pour signifier la même chose que ce dernier terme. La Cour elle-même employa l'un et l'autre termes comme équivalents. Dans les motifs de l'arrêt, elle rappela que les privilèges les plus étendus que le Maroc ait accordés en matière de juridiction consulaire étaient octroyés aux «ressortissants britanniques[184]» sur la base du Traité général de 1856[185], que la juridiction au civil et au pénal était établie en vertu du Traité de 1861[186] «dans toutes les affaires dans lesquelles des ressortissants espagnols étaient défendeurs[187]», et que, par conséquent, les États-Unis avaient acquis la juridiction consulaire en matière civile et criminelle, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, «dans toutes les affaires où des ressortissants des États-Unis étaient défendeurs[188]». Dans

[173] *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, arrêt n° 7, 1926, *C.P.J.I. série A, n° 7*, p. 74.

[174] *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. *série A/B, n° 44*, p. 41.

[175] Ibid., p. 34.

[176] Traduit en anglais par le terme *nationals*.

[177] *Écoles minoritaires en Albanie*, avis consultatif, 1935, *C.P.J.I. série A/B, n° 64*, p. 17.

[178] Ibid., p. 19.

[179] Ibid., p. 22.

[180] *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc,* arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176 et suiv., en particulier p. 179. Le Traité de paix entre les États-Unis et le Maroc (Meknès, 16 septembre 1836) est reproduit dans Miller, *Treaties and Other International Acts of the United States of America*, vol. 4, p. 33.

[181] *C.I.J. Recueil 1952* (voir *supra* la note 180), p. 180. Le Traité de paix et d'amitié entre les États-Unis et le Maroc (28 juin et 15 juillet 1786) est reproduit dans Miller, op. cit., vol. 2, p. 185.

[182] *C.I.J. Recueil 1952* (voir *supra* la note 180), p. 186.

[183] Cet article disposait: «Si un citoyen des États-Unis tue ou blesse un Maure ou si, à l'inverse, un Maure tue ou blesse un citoyen des États-Unis, la loi du pays s'appliquera et justice égale sera rendue, le consul assistant au procès» (ibid., p. 189).

[184] Ibid., p. 190.

[185] Voir l'échange de notes constituant un accord concernant la Convention de commerce et de navigation entre le Royaume-Uni et l'Empire chérifien, signée le 9 décembre 1856 (Rabat, 1er mars 1957), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 310, n° 4480, p. 3.

[186] *Tratados de España. Documentos internacionales del Reinado de Doña Isabel II desde 1842 a 1868* (Madrid, Ginesta, 1869), p. 245.

[187] *C.I.J. Recueil 1952* (voir *supra* la note 180), p. 190.

[188] Ibid.

un point du dispositif de l'arrêt, la Cour dit, à l'unanimité, que les États-Unis

> ne sont pas fondés à prétendre que l'application aux citoyens des États-Unis des lois et règlements de la zone française du Maroc requiert l'assentiment du Gouvernement des États-Unis, mais que les tribunaux consulaires des États-Unis peuvent refuser d'appliquer aux citoyens des États-Unis les lois et règlements auxquels le Gouvernement des États-Unis n'a pas donné son assentiment[189].

Les termes «nationaux», «citoyens» et «ressortissants» paraissent à première vue équivalents. Pourtant, l'idée que la notion de ressortissant aurait en droit international un contenu plus étendu que celles de national et de citoyen ne perce-t-elle pas déjà à travers la référence faite dans cette affaire par les États-Unis, dans leurs conclusions, à «toutes affaires où un citoyen ou protégé des États-Unis est défendeur[190]»?

143. Le lien de nationalité étant le fondement de l'action de l'État aux fins de la protection diplomatique, le terme «ressortissant» tel qu'employé dans diverses affaires de protection diplomatique portées devant la Cour internationale de Justice est synonyme de «national» ou de «personne ayant la nationalité de».

144. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[191], les parties et la Cour elle-même ont utilisé indifféremment les termes «ressortissant» et «citoyen» comme des synonymes et dans un sens restreint signifiant la même chose que «national» ou «individu ayant la nationalité américaine». Ainsi, dans ses conclusions dans cette affaire, le Gouvernement américain arguait de ce qu'il avait entrepris son opération en République islamique d'Iran pour «sauver les ressortissants américains» victimes de l'attaque de l'armée iranienne contre son ambassade[192], et demandait la «libération immédiate de tous les ressortissants des États-Unis» détenus dans le bâtiment de l'ambassade[193] et la réparation aux États-Unis «sur la base de leur droit propre et dans l'exercice de leur droit de protection diplomatique à l'égard de leurs ressortissants[194]». Rappelant les faits de l'espèce dans son arrêt, la Cour releva qu'après que les «militants[195]» iraniens se furent emparés de l'ambassade, «des membres du personnel, ainsi qu'un autre ressortissant des États-Unis, capturés ailleurs dans Téhéran» ont été amenés plus tard à l'ambassade et pris en otages[196]. La Cour parle aussi, quelques paragraphes plus loin, du «nombre total de citoyens américains capturés[197]» ainsi que de «deux autres ressortissants des États-Unis n'ayant ni statut diplomatique ni statut consulaire[198]», des «visas délivrés à des citoyens iraniens pour entrée ultérieure aux États-Unis […] annulés» et de l'interdiction faite par le Gouvernement des États-Unis à ses «ressortissants» de se rendre en Iran[199]. Dans les motifs de son arrêt, la Cour note, entre autres, ceci: «La préoccupation qu'a pu éprouver le Gouvernement des États-Unis quant au sort de ses ressortissants détenus en otages à l'ambassade depuis plus de cinq mois est certes compréhensible[200].» Et au paragraphe 3 de son arrêt, elle décide que la République islamique d'Iran doit faire cesser immédiatement la détention illicite des membres du personnel diplomatique «et d'autres ressortissants des États-Unis détenus en otages[201]».

145. Employant également le terme «ressortissant» au sens de «national», l'Allemagne estimait, dans ses conclusions dans l'affaire *LaGrand*[202], qu'en n'informant pas sans retard Karl et Walter LaGrand après leur arrestation de leurs droits en vertu de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, les États-Unis ont violé leurs obligations juridiques internationales «tant en ce qui concerne les droits propres de l'Allemagne que le droit de cette dernière d'exercer sa protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants[203]»; et que, conformément aux obligations juridiques internationales en question, les États-Unis devront donner à l'Allemagne la garantie que, notamment, «dans tous les cas futurs de détention de ressortissants allemands ou d'actions pénales à l'encontre de tels ressortissants[204]», le droit et la pratique des États-Unis ne feront pas obstacle à l'application du droit international[205]. La Cour constate dans le rappel des faits de l'espèce que «Walter LaGrand et Karl LaGrand étaient nés en Allemagne respectivement en 1962 et 1963 et étaient ressortissants allemands[206]». Elle n'a pas retenu les objections des États-Unis sur le point de savoir si l'Allemagne avait «qualité pour faire valoir ces droits au nom de ses ressortissants[207]». La synonymie, dans le langage de la Cour, entre «ressortissant» et «personne ayant la nationalité de» apparaît très clairement lorsque «la Cour conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels qui, en vertu de l'article 1 du protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité[208]». Et elle dit au paragraphe 7 de son arrêt que «si des ressortissants allemands devaient néanmoins être condamnés à une peine sévère sans que les droits qu'ils tiennent[209]» de la Convention de Vienne soient respectés, les États-Unis devront permettre, suivant les moyens de leur choix, le réexamen et la révision du verdict.

146. Dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*, le Mexique, dans ses conclusions finales, a prié la Cour de dire et juger que les États-Unis «ont violé leurs

---

[189] Ibid., p. 213.

[190] Ibid., p. 189.

[191] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

[192] Ibid., p. 18, par. 32.

[193] Ibid., p. 6, par. 8.

[194] Ibid.

[195] Ibid., p. 12, par. 17.

[196] Ibid.

[197] Ibid., p. 13, par. 21.

[198] Ibid., par. 22.

[199] Ibid., p. 17, par. 31.

[200] Ibid., p. 43, par. 93.

[201] Ibid., p. 44, par. 95.

[202] *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466; voir également l'affaire *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires*, ordonnance du 9 avril 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 248.

[203] *C.I.J. Recueil 2001* (voir *supra* la note 202), p. 472, par. 11.

[204] Ibid., p. 474, par. 12.

[205] Ibid., p. 473, par. 11.

[206] Ibid., p. 474 et 475, par. 13.

[207] Ibid., p. 483, par. 42.

[208] Ibid., p. 494, par. 77.

[209] Ibid., p. 516, par. 128.

obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet État d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants[210]». Il présente en outre les demandes qui lui sont propres en se fondant sur le préjudice qu'il déclare «*avoir subi lui-même, directement et à travers ses ressortissants*[211]». L'identité entre les termes «ressortissant» et «national» ou «possesseur de la nationalité d'un État» relevée dans l'affaire *LaGrand*[212] est ici largement confirmée. En effet, après avoir rappelé le passage du paragraphe 77 précité de l'arrêt rendu dans l'affaire *LaGrand*, la Cour examine «la question de la double nationalité qu'auraient certains des ressortissants mexicains faisant l'objet des demandes du Mexique[213]». Les États-Unis ont objecté à cette demande en tenant pour

> un principe généralement admis que, lorsqu'une personne arrêtée ou placée en détention dans l'État de résidence est ressortissante de cet État, l'article 36 n'est pas applicable, même si cette personne est également ressortissante d'un autre État partie à la convention de Vienne […]; et le Mexique a indiqué que, aux fins de la présente affaire, il ne conteste pas que les ressortissants ayant la double nationalité ne peuvent prétendre à un droit d'être informés en vertu de l'article 36[214].

La Cour a relevé que «le Mexique, outre qu'il cherche à exercer la protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants[215]», présente une demande en son nom propre, et qu'il peut faire valoir une violation de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires «à l'égard de n'importe lequel de ses ressortissants[216]», à charge pour les États-Unis de «démontrer que, l'intéressé étant également ressortissant des États-Unis» il ne peut se voir appliquer l'article 36[217]. Plus significativement encore, la Cour relève que le Mexique affirme s'être acquitté de la charge de prouver que les 52 personnes en cause dans cette affaire «étaient des ressortissants mexicains […] en fournissant à la Cour les extraits d'acte de naissance de ces ressortissants, ainsi que des déclarations de 42 d'entre eux, attestant qu'ils n'ont pas acquis la nationalité américaine[218]». Si la charge de la preuve devait être partagée en l'occurrence, c'est, de l'avis des États-Unis, parce que «des personnes de nationalité mexicaine peuvent aussi avoir acquis de plein droit la nationalité américaine, du fait notamment de la date et du lieu de naissance, du lieu de résidence ou de la situation matrimoniale de leurs parents au moment de leur naissance[219]». La Cour estime dès lors «qu'il appartient au Mexique de démontrer que les cinquante-deux personnes identifiées […] étaient de nationalité mexicaine au moment de leur arrestation» et elle constate que «le Mexique a produit à cet effet des extraits d'acte de naissance et des déclarations de nationalité, dont le contenu n'a pas été contesté par les États-Unis[220]». On voit bien qu'il y a dans le langage des uns et des autres, des parties comme de la Cour, une indifférenciation entre les notions de ressortissant, de national, et même de citoyen. Les États-Unis n'ont-ils pas exposé dans la même affaire que «des millions d'étrangers résident, légalement ou illégalement, sur leur territoire, et que, par ailleurs, la législation américaine en matière de citoyenneté est généreuse[221]»? La Cour relève que

> ni la langue ni l'apparence d'une personne ne suffisent à indiquer qu'il s'agit d'un étranger […] et compte tenu, en particulier, du nombre élevé d'étrangers vivant aux États-Unis, ce fait même suggère qu'il serait souhaitable de se renseigner systématiquement sur la nationalité de l'intéressé lors de sa détention[222].

Elle constate qu'il ne lui a été soumis aucun élément indiquant qu'il y eût en même temps dans le cas d'une des personnes concernées (M. Salcido, cas n° 22) «des indices de nationalité mexicaine qui auraient dû déclencher rapidement des recherches de la part des autorités[223]». Et c'est en se référant aux «ressortissants mexicains» que la Cour se prononce aux paragraphes 6, 7, 9 et 11 de son arrêt[224].

147. À côté de cette signification restrictive où le terme «ressortissant» veut dire la même chose que «ayant la nationalité de», ce terme a aussi une acception bien trop large en droit international, en particulier lorsque lui est adjoint l'épithète «ennemi». Ainsi, un «ressortissant ennemi» désigne une «personne physique ou morale relevant juridiquement, à l'estime d'un belligérant, d'une puissance ennemie, selon des critères de rattachement qui peuvent varier d'un droit interne à l'autre[225]»: l'allégeance d'une personne à une telle puissance, ou plus précisément, comme la Cour l'a indiqué, suivant en cela le Liechtenstein dans sa réplique dans l'affaire *Nottebohm*, «la nationalité, résidence, liens personnels ou commerciaux en tant que preuve d'allégeance ou l'inclusion dans une liste noire[226]». Comme on peut le constater, l'éventail des personnes concernées est très large puisqu'il suffit que des personnes aient fait acte d'allégeance à l'égard de la puissance ennemie en question «sans qu'il y ait à rechercher leur nationalité[227]» pour qu'elles soient considérées comme des «ressortissants» de ladite puissance.

148. Ce n'est pas dans un sens aussi large que le Rapporteur spécial envisage la notion de «ressortissant» dans le cadre du présent sujet. Il existe une acception que l'on pourrait qualifier d'intermédiaire, entre la réduction de ce terme à la notion de nationalité et son extension à tous ceux qu'un État en guerre peut décider de désigner comme ressortissants de l'État ennemi pour cause d'allégeance jugée coupable. Certes, les États peuvent décider par voie d'accord de donner à ce terme le sens qu'ils veulent. Mais le sens visé par le Rapporteur spécial dans le présent rapport, tout en étant englobant, demeure précis: il couvre, à côté des nationaux, les personnes qui

---

[210] *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12 et suiv., en particulier p. 35, par. 40.

[211] Ibid., p. 35 et 36. Le terme est utilisé de cette manière dans de nombreux autres paragraphes de l'arrêt. Outre ceux cités ci-dessus, voir également par. 69 et 102.

[212] Voir *supra* la note 202.

[213] *C.I.J. Recueil 2004* (voir *supra* la note 210), p. 36, par. 41.

[214] Ibid.

[215] Ibid., par. 42.

[216] Ibid., p. 37.

[217] Ibid.

[218] Ibid., p. 41, par. 55.

[219] Ibid., par. 56.

[220] Ibid., par. 57.

[221] Ibid., p. 44, par. 64.

[222] Ibid.

[223] Ibid., par. 66.

[224] Ibid., p. 71 à 73, par. 153.

[225] Voir Salmon, op. cit., p. 1001.

[226] *C.I.J. Mémoires, Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, vol. I, p. 411.

[227] Note du Service juridique du Ministère français des affaires étrangères, 18 février 1937 (Kiss, op. cit., t. VI, n° 883, p. 441).

relèvent de l'autorité d'un État donné du fait d'un lien juridique particulier, comme le statut de réfugié ou d'asilé ou le rapport juridique né d'une situation d'apatridie, ou encore d'un lien de sujétion tel que le mandat ou le protectorat. Ainsi, dans une note du Service juridique du Ministère français des affaires étrangères, en date du 12 janvier 1935 (voir *supra* le paragraphe 134), la formule suivante est suggérée: «Tous les ressortissants français, y compris les protégés français[228].»

149. Le sens précis dans lequel cette expression sera utilisée dans le cadre du présent sujet est cependant fourni par la sentence rendue le 30 décembre 1927 par le Tribunal arbitral mixte franco-allemand dans l'affaire *Falla-Nataf et frères c. État allemand*:

> Attendu que le défendeur a fait valoir que la requérante, étant de nationalité tunisienne, donc protégée française, ne peut pas être considérée comme ressortissant d'une puissance alliée ou associée […].
>
> Attendu que l'expression *ressortissants* figurant à l'article 297 *e* du Traité de Versailles n'est pas restreinte aux *nationaux* d'un État, mais que cette expression comprend également tous ceux qui, par quelque rapport juridique autre que la nationalité propre, relèvent d'un État[229].

150. Ainsi, donc, on entendra par «ressortissant» toute personne qui, par quelque rapport juridique, y compris la nationalité, relève d'un État donné.

151. Au regard des considérations qui précèdent, il y a lieu de proposer que le terme «étranger» désigne, dans le cadre du présent sujet, le *ressortissant* d'un État autre que l'État d'accueil ou l'État territorial ou, à l'inverse, un «non-ressortissant[230]» de ce dernier.

152. Bien sûr, une conception aussi large de la notion de ressortissant expose au risque que des individus revendiquent par usurpation ou par pur opportunisme la qualité de ressortissants d'un État dont ils n'ont ni la nationalité ni aucun lien de rattachement sérieux avec lui, uniquement parce qu'ils préfèrent, pour diverses raisons, être expulsés vers cet État. On ne peut nier qu'un tel risque existe et, de fait, on constate couramment une telle situation en pratique. Mais il revient à chaque État de préserver sa nationalité, sa citoyenneté et les autres liens juridiques qui rattachent à lui ses ressortissants, en sécurisant l'acquisition ou la délivrance par ses services des pièces officielles relatives au statut des personnes, notamment les documents d'état civil, la carte d'identité nationale et le passeport. Ce n'est pas à l'État expulsant d'établir l'authenticité de ces pièces, mais bien évidemment à l'État dont se réclame la personne en situation d'expulsion.

## B. Expulsion

153. Le mot «expulsion» est généralement employé dans un sens large et imprécis pour désigner un ensemble de mesures ou de faits ayant pour but ou pour effet de contraindre un individu à quitter le territoire d'un État. L'expulsion se conçoit ainsi par rapport à un espace territorial donné ou, plus largement, par rapport au territoire et tous autres lieux où l'État expulsant exerce des compétences souveraines. Son sens exact se dégagera, d'une part, à la faveur de sa démarcation par rapport à certaines notions voisines et, d'autre part, après la détermination du rôle exact du franchissement de la frontière territoriale de l'État expulsant dans le processus d'expulsion.

### 1. Expulsion et notions voisines

154. Le terme «expulsion» côtoie plusieurs termes voisins qui ont avec lui des points communs et dont certains pourront être intégrés au processus d'expulsion tel qu'envisagé dans le cadre du présent sujet, cependant que d'autres demeurent des concepts tout à fait distincts. Il en est ainsi en particulier des termes «déportation», «extradition», «éloignement», «reconduite à la frontière», «refoulement», «non-admission» et «transfert».

#### a) *Déportation*

155. Le terme «déportation» a une charge historique particulière en tant qu'il est étroitement lié à certains événements dramatiques de la Deuxième Guerre mondiale. Dans ce contexte, et de façon plus générale dans celui du droit de la guerre, il s'entend d'un déplacement forcé ou d'un transfert forcé d'individus ou de groupes de populations civiles – qui sont des personnes protégées aux termes des Conventions de Genève du 12 août 1949 – hors d'un territoire occupé. À cet égard, le statut du Tribunal de Nuremberg contenu dans l'Accord de Londres concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe du 8 août 1945 mentionne, parmi les actes soumis à la juridiction du Tribunal et devant entraîner la responsabilité individuelle de leurs auteurs, «la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but des populations civiles dans les territoires occupés[231]».

156. Le principe est l'interdiction des «transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que [d]es déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre État, occupé ou non[232]». On comprend que le Conseil de sécurité se soit dit «gravement alarmé» en 1992 par les informations faisant état, entre autres, de «l'expulsion et [de] la déportation massives et forcées de civils» sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, en particulier en Bosnie-Herzégovine[233].

157. Hors ce contexte historique et celui du droit de la guerre, le terme «déportation» n'est pas employé de manière uniforme en droit international. Il semble que les termes «déportation» et «expulsion» soient considérés comme interchangeables dans la pratique anglo-américaine

---

[228] Ibid., t. II, n° 438, p. 236.

[229] *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les Traités de paix*, Paris, t. VII, 1928, p. 655.

[230] Sur cette notion de «non-ressortissant», un groupe de travail de la Troisième Commission de l'Assemblée générale a fourni des explications plutôt embarrassées dans un document du 24 octobre 1980 [*Annuaire juridique des Nations Unies*, 1980 (voir *supra* la note 165), p. 209].

[231] Art. 6 *b*.

[232] Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, art. 49. Il est toutefois admis que «la Puissance occupante pourra procéder à l'évacuation totale ou partielle d'une région occupée déterminée, si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent. Les évacuations ne pourront entraîner le déplacement de personnes protégées qu'à l'intérieur du territoire occupé, sauf en cas d'impossibilité matérielle. La population ainsi évacuée sera ramenée dans ses foyers aussitôt que les hostilités dans ce secteur auront pris fin» (ibid.); voir aussi les articles 70 et 147 de la même Convention.

[233] Résolution 771 (1992) du Conseil de sécurité.

en dépit du fait qu'il existe techniquement une différence entre les deux procédures[234]. En effet, il est fait, en droit international, une distinction entre la déportation qui signifie le pouvoir de l'État d'envoyer sous la contrainte l'étranger dans n'importe quel pays choisi par l'État déportant alors que l'expulsion signifie que l'étranger pourrait être éjecté du territoire de l'État expulsant qui doit fixer la destination avec l'accord de l'expulsé et en tout cas vers l'État dont celui-ci est un ressortissant.

158. On a suggéré que le terme «déportation» soit entendu comme signifiant les mesures d'application prises par l'autorité nationale compétente pour mettre en œuvre l'expulsion des étrangers[235], s'appuyant à cet égard sur les auteurs de culture juridique anglo-saxonne qui, on vient de le voir, emploient indifféremment les mots «expulsion» et «déportation» pour signifier la même chose[236]. Il se peut que cela ne soulève pas de problème sémantique particulier dans la langue anglaise. Mais s'agissant d'un mot lourdement connoté en raison de la charge historique évoquée ci-dessus, il n'est pas reçu ou perçu de la même façon dans toutes les langues. En particulier, il y aurait quelque difficulté à faire passer en français l'idée que la déportation puisse être une simple mesure d'accompagnement ou d'exécution concrète de l'expulsion. Aussi le Rapporteur spécial propose-t-il que le terme «déportation» soit entendu, au moins pour ce qui est de la langue française, dans le sens qu'il a en droit de la guerre tel que rappelé précédemment, et son usage limité à ce contexte.

### b) *Extradition*

159. L'extradition est une institution de la coopération judiciaire entre États. C'est un mécanisme juridique par lequel un État A, appelé État requis, livre volontairement une personne – en l'occurrence un justiciable – qui se trouve sur son territoire à un État B à la demande de ce dernier[237] – appelé État requérant – qui le réclame aux fins de poursuites judiciaires ou d'exécution d'une peine[238].

160. Contrairement à l'expulsion, l'extradition n'est donc pas une décision unilatérale d'un État. Elle est la réponse de l'État requis à une demande de l'État requérant. Son fondement juridique n'est pas tout entier dans l'ordre juridique interne de l'État qui extrade comme l'est celui de l'expulsion qui repose sur le droit interne de l'État expulsant; il repose en général sur une combinaison des législations nationales des États impliqués dans la procédure d'extradition et les dispositions des instruments juridiques internationaux de caractère bilatéral ou multilatéral, et le mécanisme est sous-tendu par le principe de réciprocité. L'article 1 de la Convention européenne d'extradition dispose en ce sens que les «Parties Contractantes s'engagent à se livrer réciproquement, selon les règles et sous les conditions déterminées par les articles suivants, les individus qui sont poursuivis pour une infraction ou recherchés aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté par les autorités judiciaires de la Partie requérante».

161. Lorsque l'obligation d'extrader n'est pas de nature conventionnelle, voire coutumière – comme le prétendait par exemple le Pérou dans l'*Affaire Haya de la Torre*[239] –, la décision de procéder ou non à l'extradition relève du pouvoir souverain de l'État requis. Mais c'est toujours en réponse à une demande de l'État requérant; un État ne peut extrader *proprio motu*. En revanche, il peut refuser de déférer à une telle demande, en particulier lorsqu'elle concerne ses nationaux. Dans une déclaration jointe à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour internationale de Justice le 14 avril 1992 dans l'affaire *Lockerbie*, quatre membres de la Cour se sont exprimés en ces termes:

> 1. Avant toute intervention dans cette affaire du Conseil de sécurité, la situation juridique était, à notre sentiment, claire. Les États-Unis et le Royaume-Uni étaient en droit de demander à la Libye l'extradition des deux ressortissants libyens accusés par les autorités américaines et britanniques d'avoir contribué à la destruction de l'avion disparu lors de l'incident de Lockerbie. Ils pouvaient mener à cette fin toute action conforme au droit international. La Libye était de son côté en droit de refuser une telle extradition et de rappeler à cet effet que son droit interne, comme d'ailleurs celui de nombreux autres pays, prohibe l'extradition des nationaux.
>
> 2. Au regard du droit international général, l'extradition est en effet une décision souveraine de l'État requis qui n'est jamais tenu d'y procéder[240].

### c) *Éloignement*

162. L'éloignement est un terme générique englobant les différentes formes ou procédures d'exclusion d'un étranger d'un pays donné. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un terme juridique bien qu'il soit courant dans la littérature juridique en langue française relative à l'expulsion des étrangers[241]. Le terme «éloignement» est ainsi

---

[234] Voir Sohn et Buergenthal, op. cit., p. 90, par. 12.03. Le *Black's Law Dictionary* de Garner définit le mot «déportation» comme «l'acte ou le cas consistant à déplacer une personne vers un autre pays, en particulier, l'expulsion ou le transfert d'un étranger depuis un pays»; voir dans le même sens Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, p. 266 et 267. On note également cette hétérogénéité dans l'utilisation du terme «déportation» dans les législations nationales où il n'est guère employé dans un sens très différent de celui de l'expulsion: voir par exemple les législations de l'Espagne, du Nigéria et de la République de Corée, document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 183, note 371.

[235] Document A/CN.4/565 (note 61 *supra*), par. 184.

[236] Ainsi, Rewald parle d'«[e]xpulsion des étrangers (qui comprend la déportation et l'extradition)» [«Judicial control of administrative discretion in the expulsion and extradition of aliens», p. 451]; le «Governing Rule 12», publié dans *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23 (1992), p. 89, est intitulé «Expulsion or deportation of aliens»; dans la note «Constitutional restraints on the expulsion and exclusion of aliens», *Minnesota Law Review*, vol. XXXVII (1952-1953), p. 440, on peut lire que «[d]es décisions récentes de la Cour suprême ont contribué à cristalliser les politiques concurrentes qui sous-tendent la question des restrictions constitutionnelles portant sur l'exercice des pouvoirs d'expulsion et d'exclusion. Le nombre de déportations augmente et le Procureur général a annoncé qu'il exclurait un résident de longue date qui reviendrait dans le pays où il s'est installé».

[237] Brownlie écrit: «Lorsque cette coopération repose sur une procédure de demande et de consentement, régie par certains principes généraux, la forme d'entraide judiciaire internationale concernée s'appelle extradition» (*Principles of Public International Law*, p. 313).

[238] Voir, par exemple, Jennings et Watts, op. cit., p. 948, par. 415. Gaja pense que l'on peut considérer l'extradition comme une sous-catégorie de l'expulsion à laquelle s'appliquent des règles particulières, mais reconnaît lui-même qu'en raison de la spécificité de son régime elle est généralement considérée comme une mesure juridique distincte et, en tant que telle, tenue hors du champ d'étude de l'expulsion («Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», p. 291).

[239] *Affaire Haya de la Torre*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 71.

[240] Déclaration commune de MM. Evensen, Tarassov, Guillaume et Aguilar Mawdsley, *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires*, ordonnance du 14 avril 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 136.

[241] Voir, par exemple, Haëm, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*. Il parle notamment d'un consensus qui existe en France depuis 1981 sur une procédure spécifique permettant

entendu comme visant aussi bien l'«expulsion» que ce que le droit français appelle la «reconduite à la frontière[242]».

163. Toutefois, au-delà de cette distinction qui est fondée essentiellement sur les règles de procédure applicables à l'une et l'autre mesures, l'on fait le constat suivant: «Quel que soit son motif, l'éloignement des étrangers relève […] d'un régime juridique unique, celui de l'expulsion[243].»

164. Il faudrait donc s'en tenir à la proposition faite par le Rapporteur spécial dans le rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers[244] de garder le terme «expulsion» dans un sens englobant comme le mot «éloignement» et qui a été approuvé par la Commission[245].

### d) *Reconduite à la frontière*

165. En droit français, où cette expression est consacrée par la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers, il est fait une distinction entre l'expulsion et la reconduite à la frontière. Le terme «expulsion» est appliqué à l'éloignement de l'étranger, qu'il soit en situation régulière ou irrégulière, dont la présence sur le territoire français constitue une menace grave pour l'ordre public[246], et l'expression «reconduite à la frontière» aux mesures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière au regard de la législation relative à la police des étrangers[247]. Comme l'expulsion au sens restreint de la législation française, la reconduite à la frontière est ordonnée par un arrêté, à la seule différence que celui-ci émane du commissaire de la République et non du Ministre de l'intérieur. À la différence de l'expulsion *stricto sensu*, l'étranger reconduit à la frontière ne bénéficie pas de la procédure devant la commission, mais il peut revenir en France, alors que l'expulsé doit attendre l'abrogation de l'arrêté le concernant[248].

166. Mais cette distinction n'est pas si nette dans la mesure où, sous l'empire de la loi n° 80-9 du 10 janvier 1980[249], par exemple, la reconduite à la frontière était considérée comme un simple moyen d'exécution forcée des mesures d'expulsion; l'article 6 de cette loi disposait en effet que «l'étranger expulsé peut être reconduit à la frontière». Au demeurant, il s'agit dans un cas comme dans l'autre de mesures d'«éloignement» de l'étranger du territoire, le reste étant une question de procédure et d'effet juridique qui s'attache à l'une et l'autre mesure. Il convient par conséquent, du moins aux fins du présent sujet, de ne pas opposer expulsion et reconduite à la frontière, mais de considérer cette dernière comme faisant partie des mesures d'expulsion au sens large.

### e) *Refoulement*

167. À première vue, on peut penser que le terme refoulement renvoie à l'exclusion du territoire d'un État d'immigrés clandestins de fraîche date alors que l'expulsion s'appliquerait plutôt aux personnes en situation régulière, aux demandeurs d'asile ou de statut de réfugié et, le cas échéant, aux personnes en situation irrégulière séjournant de longue date sur le territoire de l'État expulsant. À moins de concevoir plus simplement que le refoulement s'applique à tous les étrangers en situation irrégulière, cependant que l'expulsion concerne tous les étrangers en situation régulière. Un tel raisonnement pourrait même tirer quelque argument de la note sur la protection internationale du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés du 9 août 1984, selon laquelle «[l]e respect du principe du non-refoulement est étroitement lié à la détermination du statut de réfugié[250]». Ce qui pourrait laisser entendre qu'il pourrait y avoir refoulement d'une personne à qui aurait été refusé le statut de réfugié, et non-refoulement dans le cas contraire. En intitulant son article 33 «Défense d'expulsion et de refoulement», la Convention relative au statut des réfugiés fait clairement la distinction entre les deux termes; mais ni le contenu de cet article ni l'article 1 consacré à la définition du terme «réfugié» ne permettent de déterminer la différence entre ces deux expressions[251].

168. On a aussi distingué l'expulsion, mesure protectrice du bon ordre social, à laquelle on ne doit recourir que lorsque la présence d'un étranger sur le territoire constitue une menace grave à l'ordre public, du refoulement, mesure d'éloignement d'un étranger en situation irrégulière: «L'interdiction d'expulser un étranger du seul fait qu'il contrevient aux règles du séjour ne signifie pas que ce dernier soit à l'abri d'une mesure l'éloignant du territoire. Maintenant, comme avant 1980, à l'expulsion se substitue le refoulement[252].» Commentant la réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 par la loi du 10 janvier 1980, un autre auteur écrit: «Les étrangers en situation irrégulière ne sont plus refoulés, mais expulsés[253].»

---

l'«éloignement du territoire français des étrangers qui y sont entrés ou qui y ont séjourné dans des conditions irrégulières» (p. 3), de la reconduite à la frontière comme d'un «type d'éloignement» n'ayant qu'un effet temporaire, de l'«éloignement effectif de l'étranger "clandestin"» (p. 4), ou encore d'«étrangers en instance d'éloignement» (p. 5); voir également Teitgen-Colly et Julien-Laferrière, «Chronique de législation: étrangers», p. 927 à 929, et Lochak, «L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence», p. 595.

[242] Haëm, op. cit., p. 3. Il considère la «reconduite à la frontière» comme «une mesure d'éloignement particulière» qui se distingue «de l'autre mesure d'éloignement qu'est l'expulsion».

[243] Ibid., p. 5.

[244] Document A/CN.4/554 (voir *supra* la note 1).

[245] Ibid., par. 13.

[246] Voir l'article 23 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers (*Journal officiel*, 4 novembre 1945).

[247] Sur le régime juridique de cette notion en France, voir notamment Ladhari, «La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière»; Abraham, loc. cit., p. 91; Benoît-Rohmer, «Reconduite à la frontière: développements récents», p. 429; et Haëm, op. cit., p. 3.

[248] Guimezanes, «La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France», par. 15.

[249] *Journal officiel de la République française*, 11 janvier 1980, p. 71; voir également Turpin, «La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980», p. 41; et Vincent, «Le nouveau régime de l'entrée et du séjour des étrangers en France», p. 363.

[250] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session*, document A/AC/96/643, par. 17.

[251] Voir également la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 3); la Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial (note 95 *supra*) [art. 3, par. 1]; la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (art. II, par. 3); et la Convention américaine relative aux droits de l'homme: «Pacte de San José de Costa Rica» (art. 22, par. 8).

[252] Vincent, «La réforme de l'expulsion des étrangers par la loi du 29 octobre 1981».

[253] Turpin, «La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945…», p. 42.

169. Quoi qu'il en soit, la doctrine n'est pas unanime sur ce point et la clarification terminologique est loin d'être satisfaisante. Par exemple, on a écrit que la loi française du 9 janvier 1980 relative à la prévention de l'immigration clandestine réduisait les obligations de la France au titre des conventions internationales pertinentes «à une simple interdiction de refoulement ou d'expulsion vers un territoire où la vie ou la liberté des personnes concernées serait menacée[254]». L'auteur ajoute que la situation des candidats à l'octroi du statut de réfugié est relativement fragile et «n'empêche nullement l'intervention d'un arrêté d'expulsion[255]», et que la plupart des demandes de statut de réfugié étant rejetées, après appel – suspensif – devant la Commission des recours, il devient difficile au bout d'un long délai de trois ans ramené en 1985 à un an de «refouler les intéressés» dont beaucoup disparaissent dans la nature[256]. Et, à propos des candidats à un tel statut qui étaient en cause dans une espèce connue du tribunal administratif de Pau, il écrit qu'au moins «les intéressés, qui n'ont pas été refoulés *manu militari* ou reconduits à la frontière, auront-ils été mieux traités que de nombreux demandeurs d'asile[257]».

170. Comme on le voit, entre les expressions «expulsion», «reconduite à la frontière» et «refoulement», il n'est pas en fait de distinction terminologique; les trois termes sont utilisés de manière interchangeable, sans aucune rigueur sémantique particulière. Le mot «expulsion» sera par conséquent employé dans le cadre du présent sujet comme un terme générique pour signifier toutes les situations auxquelles renvoient toutes ces expressions et bien d'autres, comme le «renvoi d'un étranger vers un pays[258]» ou l'«exclusion d'un étranger[259]», sans du reste que l'énumération soit exhaustive.

[254] Ibid., «Les nouvelles conditions de l'expulsion des réfugiés», p. 140.

[255] Ibid.

[256] Ibid., p. 141.

[257] Ibid. Il convient de signaler qu'une personne refoulée parce que non admise pourrait courir le risque de persécution dans son pays d'origine. Que faire? Car, n'ayant pas encore le statut de réfugié, elle ne devrait pas pouvoir bénéficier des dispositions du paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés. Et c'est bien cette interprétation qui semble avoir inspiré la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Sale v. Haitian Centers Council* [avis du 21 juin 1993, *International Legal Materials*, vol. 32 (1993), p. 1052]; voir cependant l'opinion contraire de Gaja qui fonde sa critique notamment sur un rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, laquelle a estimé que «le Gouvernement des États-Unis [avait] violé les obligations lui incombant en vertu de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés car cette disposition n'a "pas de limite géographique"» (loc. cit., p. 291). Sans doute cette interprétation n'est-elle pas erronée vue sous l'angle de la protection des droits de l'homme. Mais si l'on considère le refoulement comme une conséquence de la non-admission, et sachant que la non-admission concerne les étrangers qui n'ont pas encore pénétré dans le territoire de l'État refoulant – autrement dit qui n'ont pas encore franchi la frontière telle que définie aux fins du présent sujet –, alors on ne saurait imposer à l'État qui refuse d'admettre un étranger les mêmes obligations que celles qui lui incombent en cas d'expulsion; il faut bien convenir que la non-admission est différente de l'expulsion. Telle est du moins la conclusion à laquelle est parvenu le Rapporteur spécial au regard du contenu exact de chacune de ces deux notions.

[258] Expression que l'on retrouve par exemple dans les conclusions du Commissaire du gouvernement (Abraham, loc. cit., p. 93) à côté de l'expression «reconduite à la frontière» (ibid., p. 90); voir aussi Haëm, op. cit., p. 111.

[259] Expression que l'on retrouve couramment dans la doctrine en langue anglaise; voir, par exemple, «Constitutional restraints on the expulsion and exclusion of aliens» (note 236 *supra*); voir également l'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale, *Traitement des nationaux polonais…* (note 174 *supra*).

f) *Non-admission*

171. L'État souverain est toujours libre de refuser l'accès de son territoire à tout étranger[260]. Dans ce sens, il est proclamé dans le préambule des Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers adoptées par l'Institut de droit international le 9 septembre 1892 que «pour chaque État, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique […] de son indépendance[261]».

172. Ce droit souverain de l'État de s'opposer à la pénétration sur son territoire d'étrangers indésirables ou ne remplissant pas les conditions requises par la législation sur l'entrée et le séjour est valable même pour des étrangers ayant fait le dépôt d'une demande d'accès au statut de réfugiés[262] mais se trouvant encore dans la zone internationale et dans les lieux de détention des candidats à l'admission dans le territoire. Le critère de franchissement de la frontière ou de pénétration dans le territoire est important pour distinguer la non-admission de l'expulsion au sens large car, selon le Rapporteur spécial, l'étranger qui a franchi les barrières de contrôle de l'immigration et qui se trouve sur le territoire de l'État d'«accueil» en dehors des zones spéciales de détention des candidats à l'admission ne peut faire l'objet que d'expulsion et non plus de non-admission.

173. Le refus d'admission peut consister en une décision expresse des autorités compétentes de l'État saisies d'une demande d'admission, ou passer par le verrou du visa qui est une condition nécessaire mais non suffisante d'accès au territoire de la plupart des États. En général, les autorités diplomatiques et consulaires ont le pouvoir discrétionnaire de refuser ou d'octroyer un visa à un étranger qui en formule la demande[263]. La décision de refus d'entrée opposée à l'étranger peut être exécutée d'office par l'administration[264], c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de recourir à une décision du juge. On est hors du champ de l'expulsion même appréhendée dans une acception large. La non-admission n'entrera donc pas dans le champ de définition de l'expulsion aux fins du présent sujet.

[260] Voir Boeck, loc. cit., p. 456; voir également Guimezanes, loc. cit., par. 5.

[261] *Annuaire de l'Institut de droit international* (note 68 *supra*), p. 219. Il y est proclamé en outre: «Considérant, toutefois, que l'humanité et la justice obligent les États à n'exercer ce droit qu'en respectant, dans la mesure compatible avec leur propre sécurité, le droit et la liberté des étrangers qui veulent pénétrer sur [leur] territoire ou qui s'y trouvent déjà.»

[262] Turpin, «Les nouvelles conditions de l'expulsion des réfugiés», p. 141.

[263] Voir, par exemple, Chaltiel, «Le juge administratif, juge de l'immigration», p. 168, et Lochak, loc. cit., p. 592. Voir également l'arrêt rendu dans ce sens par le Conseil d'État français le 28 février 1986 dans *Ngako Jeuga*, *Recueil des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux, et du Tribunal des conflits et des jugements des Tribunaux administratifs* (Paris, Sirey, 1986), p. 49.

[264] Voir Genevois, «Un statut constitutionnel pour les étrangers», Conseil constitutionnel français, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, p. 888, par. 5.

### g) *Transfèrement ou transfert, remise*

174. Le transfèrement ou transfert de personnes décrit, comme l'expulsion, le mouvement forcé d'individus d'un État vers l'étranger, donc à l'extérieur de ses frontières. À la vérité, il diffère de l'exclusion qui est une décision souveraine de l'État expulsant basée sur des procédures juridiques internes, mais aussi de l'extradition qui, comme on l'a vu, est une institution particulière combinant règles de droit interne et normes de droit international conventionnel ou coutumier. En effet, le transfert est techniquement la mise à la disposition des juridictions d'un État étranger ou d'une juridiction internationale qui la requiert d'une personne en vue de sa comparution personnelle, ou pour être entendue comme témoin, ou encore pour qu'elle prête assistance à une enquête. En principe, une telle procédure repose sur une convention internationale qui fixe l'obligation du transfèrement pour tous les États parties. En ce sens, le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, adopté par l'Assemblée générale en 1990, prévoyait que le détenu est prêté à l'État requérant dans la mesure où le détenu et l'État requis y consentent et où la législation de ce dernier l'y autorise[265].

175. La pratique du transfert s'est développée au cours des années récentes à la faveur de l'institution des juridictions pénales internationales. Au regard des instruments juridiques internationaux relatifs à ces juridictions pénales, le transfert est effectué par un État vers le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda et la Cour pénale internationale[266]. Le règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[267] prévoit que le Tribunal peut requérir le transfert d'un suspect (art. 40 *bis*) ou d'un témoin (art. 90 *bis*[268]). Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale pour sa part utilise le terme «remise» pour qualifier le fait qu'un État transfère une personne à la Cour[269]. On notera que dans le projet de statut d'une cour criminelle internationale, adopté par la Commission en 1994, l'expression «transfert d'un accusé à la Cour» est utilisée pour couvrir tous les cas où un accusé est mis à la disposition de la Cour aux fins d'être jugé[270].

176. On a pu noter certaines dérives dans la pratique du transfert. On connaissait déjà le «transfert extrajudiciaire» d'individus arrêtés dans un pays étranger puis conduits aux États-Unis pour y répondre de charges criminelles[271]. Cette dérive s'est aggravée avec la lutte contre le terrorisme international où elle prend la forme de ce qu'on a appelé le «transfert extraordinaire», variante du «transfert extrajudiciaire» dont il s'en distingue cependant. Certes, dans les deux cas, les tribunaux américains ont tendance à négliger les circonstances de l'arrestation. Néanmoins, dès leur arrivée aux États-Unis, les suspects bénéficient des procédures normales dans les affaires criminelles en cas de transfert extrajudiciaire «classique» – si l'on ose dire – alors que dans un «transfert extraordinaire», il n'y a aucune règle, on est dans une zone de non-droit total: généralement soupçonné de terrorisme, l'individu arrêté est maintenu au secret et ne dispose d'aucun droit[272]. La Cour suprême des États-Unis vient d'exiger en la matière le retour à la légalité à propos de l'affaire de certains détenus de Guantánamo (Cuba)[273].

177. En fin de compte, le transfert, qu'il soit conforme à la légalité internationale ou au contraire en marge de celle-ci, n'entre pas dans le champ de l'expulsion au sens du présent sujet: d'une part, parce que son fondement est tout entier dans l'ordre juridique international – au contraire de l'expulsion; d'autre part, parce que le transfert concerne aussi bien les ressortissants de l'État qui transfère que les étrangers résidant sur son territoire, alors que l'expulsion ne concerne que les étrangers, le principe bien établi étant la non-expulsion par un État de ses propres ressortissants.

## 2. Territoire, frontière et expulsion

178. L'expulsion renvoie à l'idée de déplacement forcé d'une personne hors des limites connues d'un lieu vers un autre lieu. Envisagée par rapport à des États, elle suppose le déplacement d'un individu effectué sous la contrainte hors les frontières territoriales de l'État expulsant vers un État de destination. Il convient donc de déterminer ce que l'on entendra respectivement par territoire et par frontière de l'État dans le cadre du présent sujet.

---

[265] Résolution 45/117 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe, art. 13, par. 1.

[266] Citons, par exemple, le transfert par la Serbie-et-Monténégro de l'ancien Président de la République fédérale de Yougoslavie, Slobodan Milosevic, vers le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie; le transfert par le Cameroun de Théoneste Bagosora vers le Tribunal pénal international pour le Rwanda; le transfert par la République démocratique du Congo d'un chef de guerre congolais de la région de l'Ituri vers la Cour pénale internationale en 2006; et le transfert par le Nigéria, en 2006, de l'ancien Président du Libéria, Charles Taylor, vers le Tribunal spécial pour la Sierra Leone siégeant à La Haye.

[267] Voir document IT/32/Rev.38.

[268] Le témoin détenu est transféré aux termes d'une ordonnance émise par le Tribunal sous condition de son retour au terme du délai fixé par celui-ci (art. 90 *bis* A). Le suspect, pour sa part, ne peut en aucun cas faire l'objet d'une détention de plus de quatre-vingt-dix jours, délai à l'issue duquel, pour le cas où un acte d'accusation n'a pas été confirmé et un mandat d'arrêt signé, il est remis en liberté ou remis aux autorités de l'État sur le territoire duquel il était initialement détenu (art. 40 *bis* D).

[269] Art. 59 (Procédure d'arrestation dans l'État de détention).

[270] *Annuaire… 1994*, vol. II (2e partie), p. 67, art. 53.

[271] Cas par exemple de l'ancien chef de l'État du Panama, Manuel Noriega, enlevé dans son pays et transféré aux États-Unis pour répondre notamment du chef de trafic de stupéfiants.

[272] Sur cette distinction entre «transfert extrajudiciaire» et «transfert extraordinaire», voir l'article de Bob Herbert, «Torture, American style», *The New York Times* (11 février 2005), reproduit sous le titre «Quand l'Amérique sous-traite la torture», dans *Jeune Afrique-L'Intelligent* (13 mars 2005); et les premières conclusions du rapport établi à la demande de l'Union européenne sur les complicités de certains pays européens pour ce type de transferts pratiqués par les États-Unis via l'Europe depuis la seconde guerre des coalisés contre l'Irak en 2003. Il y a lieu de relever que c'est la même logique qui avait amené les autorités américaines à livrer aux autorités de la Syrie, un ressortissant canadien d'origine syrienne, Maher Arar, âgé de 34 ans, arrêté à l'aéroport J. F. Kennedy, à New York, en septembre 2002.

[273] Une décision de la Cour suprême des États-Unis du 29 juin 2006 a déclaré inconstitutionnels les tribunaux militaires mis en place pour juger les prisonniers de Guantánamo et recommandé au Président George W. Bush de travailler avec le Congrès pour trouver une solution de remplacement. Dans un mémorandum daté du 7 juillet 2006, le Secrétaire adjoint à la défense, M. Gordon England, souligne que la Cour suprême a établi que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 «s'applique […] au conflit avec Al-Qaida» et donc aux détenus de Guantánamo (voir également «Washington respectera les Conventions de Genève sur le traitement des détenus de Guantánamo», *Le Monde*, 13 juillet 2006).

a) *Territoire*

179. Le territoire de l'État s'entend de manière descriptive comme constitué de «la surface terrestre, ses deux prolongements verticaux que sont d'une part le sous-sol et d'autre part l'espace aérien surplombant la surface sous-jacente[274]». Cette représentation du territoire combine, on le voit, la notion de territoire *stricto sensu*, qui est dérivé du mot «terre», et celle d'espace en se référant à l'espace aérien. Quoique qualifiée d'«extensive[275]», cette conception ne couvre pourtant pas tous les espaces qui entrent dans la notion de territoire. Ce dernier comprend en outre certains espaces maritimes relevant de la souveraineté de l'État tels que les eaux intérieures (y compris les estuaires et les petites baies) et la mer territoriale, ainsi que l'espace aérien surjacent[276].

180. Suivant une acception compatible avec tous les aspects de l'emprise territoriale et qui, selon le Rapporteur spécial, sied au présent sujet, le territoire s'entend de l'espace où «l'État exerce l'ensemble des compétences déduites de la souveraineté[277]»; à l'exclusion donc des espaces où il n'exerce que des droits souverains ou une juridiction fonctionnelle tels que le plateau continental, la zone contiguë, la zone de pêche et la zone économique exclusive.

181. Le droit international n'exige pas que le territoire étatique soit d'un seul tenant, ni même que ses différentes composantes terrestres ou insulaires soient situées dans une même zone géographique au voisinage de la partie principale. On connaît historiquement le phénomène des enclaves et des couloirs territoriaux et, aujourd'hui encore, plusieurs puissances, anciennement coloniales ou non, possèdent des dépendances territoriales sous forme insulaire ou sur le continent dans diverses régions du monde.

182. Si la délimitation du territoire étatique n'est pas juridiquement nécessaire pour qu'existe l'État, il n'est pas douteux que «définir un territoire signifie définir ses frontières», comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire du *Différend territorial*[278].

b) *Frontière*

183. On a défini très empiriquement la frontière comme une «ligne déterminant où commencent et finissent les territoires relevant respectivement de deux États voisins[279]». Mais la frontière ne sépare pas que des États voisins; elle sépare un État de tout autre État, qu'il soit voisin ou éloigné. Sous ce rapport, la frontière n'est pas seulement une ligne physique séparative de masses territoriales. Elle est une limite des souverainetés et de compétences étatiques[280], de caractère international. Comme l'a dit le Tribunal arbitral chargé de l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, «[u]ne frontière internationale est la ligne formée par la succession des points extrêmes du domaine de validité spatial des normes de l'ordre juridique d'un État[281]», et cela qu'il s'agisse d'une frontière terrestre ou d'une frontière maritime.

184. Le régime juridique de la frontière découle autant des règles de droit international que des normes de droit interne de chaque État relatives à l'entrée et à la sortie du territoire. Mais ce régime juridique peut aussi être fixé d'un commun accord par les États d'un espace juridique construit. Ainsi, les États membres de l'Union européenne parties à l'acquis de Schengen - Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes - et sa Convention d'application ont décidé la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes[282]; sans toutefois que les dispositions y afférentes soient, selon le Conseil constitutionnel français, «assimilable[s] à une suppression ou à une modification des frontières qui, sur le plan juridique, délimitent la compétence territoriale de l'État[283]».

185. À bien considérer les choses, il se peut qu'une combinaison de la frontière-ligne et de la notion de frontière-zone, certes parfois critiquée[284] mais réinterprétée et adaptée dans le contexte du présent sujet corresponde mieux à la notion de frontière en matière d'admission ou de non-admission et d'expulsion des étrangers. En effet, la frontière comme limite territoriale en dehors de laquelle l'État expulsant veut éloigner l'étranger est une zone multifonctionnelle comprenant un ensemble d'espaces soigneusement limités avec des statuts juridiques différents. Elle est ramenée ici aux lieux d'entrée et de sortie officielles; car si l'immigration illégale se traduit par le franchissement clandestin par l'étranger de la frontière à tous les endroits possibles, l'expulsion, elle, ne se fait généralement que par les voies de sortie et d'entrée officielles du territoire, à savoir les ports, aéroports et postes frontière terrestres. Ces lieux officiels d'entrée et de sortie

---

[274] Rousseau, *Droit international public*, p. 36 et 37.

[275] Ibid, p. 37.

[276] Voir sur ce point l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14 et suiv., en particulier p. 111, par. 212.

[277] Daillier et Pellet, op. cit., p. 414, par. 270.

[278] *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 6 et suiv., en particulier p. 26, par. 52.

[279] Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, p. 293.

[280] Le *Black's Law Dictionary* définit la frontière comme une ligne marquant la limite de la compétence territoriale d'un État ou d'une autre entité ayant un statut international.

[281] Sentence du 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente: E/F.93.V.3), p. 144, par. 63. Également publiée dans la *Revue générale de droit international public*, tome XCIV (1990), p. 253. Voir également la sentence arbitrale du 13 octobre 1995 dans l'affaire *Laguna del Desierto* (*litige frontalier entre la République argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII (numéro de vente: E/F.00.V.7), par. 59, et l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend frontalier (Bénin/Niger), C.I.J. Recueil 2005*, par. 124.

[282] Voir Daillier et Pellet, op. cit., p. 465, par. 298.

[283] Conseil constitutionnel, décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Journal officiel* n° 174 (27 juillet 1991).

[284] Voir la sentence arbitrale du 16 novembre 1957 dans l'affaire du *Lac Lanoux*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente: 63.V.3), p. 307; *contra*: sentence arbitrale du 19 février 1968 dans l'affaire *The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch), entre l'Inde et le Pakistan*, ibid., vol. XVII (numéro de vente: E/F.80.V.2), p. 1 à 576.

comportent des postes de contrôle et, dans les aéroports internationaux et certains ports, des zones spéciales de détention des étrangers non admis ou en cours d'expulsion, ou encore des zones internationales où l'étranger est considéré comme étant encore en dehors du territoire. L'étranger expulsé qui est détenu dans des locaux dans une zone spéciale d'un aéroport, d'un port ou d'une frontière terrestre en attente d'être embarqué à bord d'un avion, d'un navire ou d'un véhicule est déjà un expulsé sur le plan juridique, tout autre chose étant l'exigence du respect de sa dignité et des droits fondamentaux attachés à sa qualité de personne humaine.

186. Sous ce rapport, la frontière ne saurait être traitée seulement comme une ligne, mais comme une zone dont les limites sont fixées par la réglementation de l'État en fonction des espaces qui y sont aménagés. C'est une zone des confins. Le franchissement de la ligne par la personne expulsée n'est qu'un moment, certes critique, du processus d'expulsion. On peut donc dire qu'aux fins du présent sujet la frontière de l'État s'entend de la zone des confins du territoire d'un État dans laquelle un ressortissant d'un État autre que l'État territorial ne bénéficie plus du statut d'étranger résident et au-delà de laquelle s'achève la procédure nationale d'expulsion.

### 3. Éléments constitutifs de l'expulsion

187. L'expulsion est un acte de l'État expulsant. Peut-il être aussi le fait du comportement de celui-ci? On sait que, dans tous les cas, elle a un caractère contraignant.

#### a) *Acte ou comportement*

188. Dans le droit interne de la plupart des États, l'expulsion prend la forme d'un acte unilatéral de l'État, au sens d'acte administratif unilatéral, en tant qu'elle est une décision des autorités administratives[285]. Il s'agit d'un acte formel qui peut être contesté devant les juridictions de l'État expulsant, l'expulsion étant une opération à procédure dont chaque étape peut donner lieu à contentieux.

189. Pour autant, l'expulsion suppose-t-elle dans tous les cas une mesure formelle? Comme l'a relevé Gaja, il semble que l'on doive également considérer qu'il y a expulsion même en l'absence d'un acte juridique formel, dès lors qu'un État crée des conditions rendant la vie impossible pour la personne concernée; en pratique, il semblerait qu'il y ait peu de différence entre la mesure formelle d'expulsion et le comportement de l'État visant à exclure un individu de son territoire, puisque dans tous les cas la personne concernée doit s'en aller: «Il semble raisonnable d'inclure les deux cas dans le concept d'expulsion[286].»

190. L'auteur tire à cet égard argument de deux décisions rendues par le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis. Dans l'affaire *International Technical Products Corporation v. The Islamic Republic of Iran*, ledit Tribunal a admis,

> en principe, la possibilité que les critères de l'expulsion («éloignement soit "volontaire", soit sous la menace d'un usage de la force, soit par la force») puissent être remplis dans des cas exceptionnels, même lorsque l'étranger quitte le pays sans être directement et immédiatement obligé ou sans avoir reçu l'ordre officiel de le faire. De tels cas présupposeraient au moins 1) que les circonstances dans le pays de résidence sont telles que l'on ne puisse pas raisonnablement considérer que l'étranger a réellement le choix, et 2) que derrière les événements ou actes conduisant au départ il existe une intention d'expulser l'étranger et que, par ailleurs, ces actes sont imputables à l'État conformément aux principes de la responsabilité de l'État[287].

191. Dans l'affaire *Jack Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis a noté que, à son retour en Iran en février 1979, l'ayatollah Khomeiny avait appelé au départ de tous les étrangers et, par la suite, son gouvernement avait mis en œuvre une politique qui avait forcé de nombreux étrangers à quitter l'Iran. Le Tribunal a ajouté:

> Toutefois, il ne s'ensuit pas automatiquement que tous les nationaux américains qui ont quitté l'Iran […] après la mise en œuvre de cette politique ont été expulsés illégalement. Il convient d'examiner les circonstances de chaque départ et de recenser les actes généraux et particuliers invoqués et démontrés pour déterminer la mesure dans laquelle ils ont touché ou motivé à ce moment-là la personne qui prétend avoir été expulsée et si ces actes sont imputables à l'Iran[288].

192. Ainsi, lorsqu'aucun acte formel d'expulsion n'a été pris par l'État, il est nécessaire d'établir, sur la base de l'examen des faits ou des circonstances du départ de la personne concernée de l'État d'accueil, si le comportement ayant entraîné ce départ est attribuable audit État[289]. L'expulsion sera donc entendue dans le cadre du présent sujet comme un acte ou un comportement de l'État qui contraint un étranger à quitter son territoire.

#### b) *Contrainte*

193. L'expulsion n'est jamais ni un acte ou un fait sollicité par la personne expulsée, ni un acte ou un fait consenti par cette dernière. C'est une mesure formelle ou une situation de force irrésistible qui contraint la personne visée à quitter le territoire de l'État expulsant. Cet élément de contrainte est important en ce qu'il distingue l'expulsion d'une sortie normale ou ordinaire du territoire par l'étranger. C'est cet élément qui, précisément, suscite l'attention ou l'intérêt non seulement de l'État destinataire de l'expulsé, mais aussi d'États tiers par rapport à la situation ainsi créée, dans la mesure où l'exercice de ce droit incontestable de l'État met en jeu la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. Avant même la violence perpétrée par certains éléments des forces de sécurité lors de l'exécution d'opérations d'expulsion, la mesure formelle ordonnant l'expulsion est une injonction, donc une contrainte légale comme le comportement qui force au départ de l'étranger est une contrainte de fait ou physique ressentie comme telle.

---

[285] Dans l'affaire *Diallo*, pendante devant la Cour internationale de Justice, l'expulsion a été prononcée par une décision du Premier Ministre de l'époque (voir *supra* la note 21).

[286] Gaja, loc. cit., p. 290.

[287] Arrêt du 19 août 1985, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9 (1987), p. 18.

[288] Arrêt du 3 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17 (1988), p. 147 et 148; voir également l'arrêt du 14 juillet 1987, *Alfred L. W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, ibid., vol. 16 (1988), p. 85 et 86. Le mécanisme d'attribution est explicité par l'article 8 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, dont l'Assemblée générale a pris note en 2001 dans sa résolution 56/83 [voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 26, par. 76].

[289] Gaja, loc. cit., p. 290.

194. On a essayé de cerner les deux notions constitutives du sujet que sont «expulsion» et «étranger». Il s'agit maintenant de les mettre en relation pour en dégager la signification et, d'autre part, de dégager le sens ultime de quelques concepts clefs qui permettent d'avancer plus sûrement dans le traitement de ce sujet. Au regard des développements qui précèdent, il y a lieu de proposer l'article suivant consacré aux définitions:

*«Article 2. Définitions*

«Aux fins du présent projet d'articles:

«1. On entend par expulsion d'un étranger, l'acte ou le comportement par lequel un État expulsant contraint un ressortissant d'un autre État à quitter son territoire.

«2. On entend par:

«*a*) étranger, un ressortissant d'un État autre que l'État territorial ou État expulsant;

«*b*) expulsion, un acte ou un comportement par lequel l'État expulsant contraint l'étranger à quitter son territoire;

«*c*) frontière, la zone des confins du territoire de l'État expulsant dans laquelle l'étranger ne bénéficie plus du statut de résident et au-delà de laquelle s'achève la procédure nationale d'expulsion;

«*d*) ressortissant, toute personne qui, par quelque lien juridique, y compris la nationalité, relève [de la juridiction] [de la compétence personnelle] d'un État;

«*e*) territoire, l'espace où l'État exerce l'ensemble des compétences déduites de sa souveraineté.»

# EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS

[Point 9 de l'ordre du jour]

**DOCUMENT A/CN.4/570***

## Deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, par M. Ian Brownlie, Rapporteur spécial

*[Original: anglais]*
*[16 juin 2006]*

## TABLE DES MATIÈRES


| | | | Paragraphes | Pages |
|---|---|---|---|---|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | | | | 259 |
| INTRODUCTION | | | 1 | 260 |
| *Chapitres* | | | | |
| I. | QUESTIONS PRÉLIMINAIRES | | 2-4 | 260 |
| II. | PROJETS D'ARTICLE | | 5-42 | 260 |
| | Projet d'article 1. | Champ d'application | 5-6 | 260 |
| | Projet d'article 2. | Définitions | 7-13 | 260 |
| | A. | Traité | 7 | 261 |
| | B. | Conflit armé | 8-13 | 261 |
| | Projet d'article 3. | Extinction ou suspension de l'application *ipso facto* | 14-17 | 261 |
| | Projet d'article 4. | Les indices de prédisposition des traités à l'extinction ou à la suspension de leur application en cas de conflit armé | 18-28 | 262 |
| | Projet d'article 5. | Dispositions expresses sur l'application des traités | 29-31 | 263 |
| | Projet d'article 6. | Traités relatifs à la situation qui a occasionné le recours au conflit armé | 32-33 | 264 |
| | Projet d'article 7. | Application des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils sont applicables | 34-42 | 264 |


---

## Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

| | *Sources* |
|---|---|
| Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Genève, 12 août 1949) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nos 970 à 973, p. 31 et suiv. |
| Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne | Ibid., no 970, p. 31. |
| Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer | Ibid., no 971, p. 85. |
| Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre | Ibid., no 972, p. 135. |
| Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre | Ibid., no 973, p. 287. |
| Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) | Ibid., vol. 1155, no 18232, p. 331. |
| Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986) | *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.5). |

* Incorporant le document A/CN.4/570/Corr.1.

## Introduction

1. Le présent rapport présente les sept premiers projets d'article du projet original, contenu dans le premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités[1], présenté en 2005 à la cinquante-septième session de la Commission du droit international, avec renvoi aux questions soulevées lors des débats ultérieurs de la Commission et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. La présentation des sept premiers projets d'article paraît constituer une façon pratique d'aller de l'avant. Durant le débat à la cinquante-septième session de la Commission, le Rapporteur spécial avait souligné que cette première présentation avait un caractère préliminaire et qu'il n'était nullement question de précipiter les choses[2].

[1] *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/552, p. 219.

[2] Ibid., vol. II (2e partie), p. 29, par. 124.

CHAPITRE I

## Questions préliminaires

2. Les réponses apportées au premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités ont permis d'élucider un certain nombre de questions.

3. Plusieurs délégations se sont dites favorables à l'inclusion des traités conclus par les organisations internationales (Chine[3], Indonésie[4], Jordanie[5], Maroc[6], Nigéria[7] et Pologne[8]). Durant le débat à la Commission, plusieurs membres se sont prononcés en faveur de l'inclusion de ces traités[9]. Toutefois, il n'y a pas eu accord général sur une telle nécessité et l'on s'est référé au paragraphe 1 de l'article 74 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

4. On a appuyé de manière générale l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle le sujet devrait faire partie du droit des traités et non du droit relatif à l'emploi de la force. Comme le résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixantième session (A/CN.4/560, par. 47) l'indique, on a fait observer par ailleurs que le sujet était étroitement lié à d'autres domaines du droit international, comme le droit international humanitaire, la légitime défense et la responsabilité des États.

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 8.

[4] Ibid., 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 9.

[5] Ibid., 19e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 32.

[6] Ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 41.

[7] Ibid., 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 47.

[8] Ibid., 19e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 20.

[9] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 29, par. 129.

CHAPITRE II

## Projets d'article

### *Projet d'article 1. Champ d'application*

**Les présents projets d'article s'appliquent aux effets des conflits armés sur les traités entre États.**

5. À la Sixième Commission on a dit que, puisque l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après la Convention de Vienne de 1969) prévoyait la possibilité qu'un traité s'applique à titre provisoire, il était souhaitable que les projets d'article s'appliquent aux traités qui s'appliqueraient à titre provisoire[10].

6. À la Commission, on a 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 les autres qui ne le sont pas. Certains membres se sont dit en faveur de l'inclusion de traités qui n'étaient pas encore en vigueur, alors que d'autres ont estimé que seuls les traités en vigueur au moment du conflit devraient être visés par les projets d'article[11].

### *Projet d'article 2. Définitions*

**Aux fins des présents projets d'article:**

***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.**

[10] Déclaration du représentant des Pays-Bas, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 40.

[11] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 30, par. 130.

### A. Traité

7. Ce libellé n'a suscité aucune observation.

### B. Conflit armé

8. Cette définition du conflit armé a été examinée dans le premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités[12]. Le projet d'article proposé par le Rapporteur spécial inclut les effets des traités sur les conflits internes. Une partie des auteurs considèrent que la distinction entre le conflit armé international et le conflit armé non international est fondamentale et ils voudraient exclure le second de l'alinéa *b*.

9. Cette question a suscité des divergences d'opinion marquées à la Sixième Commission. Cinq délégations se sont opposées à l'inclusion des conflits armés internes (Algérie[13], Autriche[14], Chine[15], Indonésie[16] et République islamique d'Iran[17]). Six délégations se sont prononcées en faveur de l'inclusion des conflits armés non internationaux (Grèce[18], Maroc[19], Nigéria[20], Pays-Bas[21], Pologne[22] et Slovaquie[23]). Les considérations politiques qui trouveraient à s'appliquer ici pointent dans des directions différentes. Si l'on devait adopter le principe de continuité, l'inclusion des conflits armés non internationaux plaiderait en faveur de la stabilité. Toutefois, le principe de continuité est conditionnel à bien des égards et, en élargissant la définition du conflit armé, on élargirait du même coup le champ d'application et la portée du problème.

10. Il a été fait état d'un certain nombre de textes se rapportant à la définition du conflit armé, à savoir:

*a*) *Le Procureur c. Duško Tadić*: «[U]n conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État[24]»;

*b*) la Convention de Vienne de 1969 (art. 73), où il est question de «l'ouverture d'hostilités entre États»;

*c*) voir également le rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement (A/59/565 et Corr.1, sect. IV).

11. Deux autres points devraient être présents à l'esprit, dont le premier a été soulevé par la délégation néerlandaise en ces termes:

> Les occupations militaires doivent être incluses dans la définition [des conflits armés], même si elles ne s'accompagnent pas d'opérations armées violentes et prolongées, dans la mesure où un État sous occupation n'est pas toujours en mesure de s'acquitter de ses obligations conventionnelles. Cette approche est par ailleurs conforme aux dispositions pertinentes du droit international humanitaire, et en particulier à l'article 2 des quatre Conventions de Genève de 1949, qui constitue la *lex specialis* en l'espèce. Si une occupation suffit à remettre en question l'applicabilité des normes concernant les conflits armés, elle entravera aussi celle du projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités. Il convient donc, à cet égard, d'appuyer la décision du Rapporteur spécial d'invoquer le droit international humanitaire comme *lex specialis* au paragraphe 1 de l'article 5[25].

12. Durant le débat à la cinquante-septième session de la Commission, certains se sont inquiétés du fait que la formulation proposée par le Rapporteur spécial pouvait s'appliquer à des situations échappant à la notion courante de conflit armé, par exemple les actes de violence perpétrés par les cartels de la drogue, les bandes criminelles et les terroristes internes. Toutefois, ce libellé de l'alinéa *a* du projet d'article 2 vise précisément à éviter de tels écueils. Il est évident que l'application de la notion de «conflit armé» doit se faire en fonction du contexte. Si, comme certains l'ont affirmé devant la Commission, cela implique une certaine «tautologie», il faut accepter cette situation.

13. La définition du conflit armé doit se faire sur une base pragmatique. Il serait souhaitable que la Commission plénière donne des indications générales concernant l'inclusion ou non des conflits armés non internationaux. Il est indubitable qu'on ne saurait concevoir à bon escient une définition du «conflit armé» s'appliquant à tous les domaines du droit international public.

### *Projet d'article 3. 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.**

14. Les tenants et aboutissants et le sens du projet d'article 3 sont expliqués dans le premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités[26]. Le projet d'article résulte directement de la résolution adoptée par l'Institut de droit international en 1985[27]. Pour la majorité des délégations à la Sixième Commission, le projet d'article 3 ne posait pas de problème. Selon le représentant de l'Autriche, «[l]a notion sous-tendant le projet d'article 3

---

[12] *Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 1), p. 225 et 226, par. 16 à 22.

[13] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 64.

[14] Ibid., 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 26.

[15] Ibid., par. 8.

[16] Ibid., 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 9.

[17] Ibid., 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 2.

[18] Ibid., 19e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 36.

[19] Ibid., 11e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 41.

[20] Ibid., 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 47.

[21] Ibid., 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 43 et 44.

[22] Ibid., 19e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 18.

[23] Ibid., par. 45.

[24] *Le Procureur c. Duško Tadić alias «DULE»*, affaire no IT-94-1-AR72, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995), par. 70. Voir également *International Legal Materials*, vol. XXXV, no 1 (janvier 1996), p. 32.

[25] Résumé dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 44.

[26] *Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 1), p. 226, par. 25 à 28.

[27] Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 61, t. II, session d'Helsinki 1985 (Paris, Pedone, 1986), p. 278 à 283.

constitue le point de départ de l'ensemble du projet d'articles[28]». L'idée de remplacer l'expression *ipso facto* par «nécessairement» a reçu un soutien non négligeable[29].

15. Comme le Rapporteur spécial l'a expliqué à la Commission, le projet d'article 3 a un caractère essentiellement déclaratif, le dispositif proprement dit se trouvant exprimé aux articles 4 à 7. On peut lire ce qui suit dans le rapport de la Commission:

> Le Rapporteur spécial a expliqué que le projet d'article 3 avait un caractère essentiellement déclaratif et que, étant donné le libellé des articles suivants, en particulier du projet d'article 4, il n'était pas strictement nécessaire. Sa seule raison d'être était de souligner que la position antérieure, selon laquelle les conflits armés éteignaient automatiquement les relations conventionnelles, avait été remplacée par une conception plus contemporaine selon laquelle la survenance d'un conflit armé, qu'il y ait eu ou non une déclaration de guerre, ne se traduit pas *ipso facto* par l'extinction ou la suspension des traités en vigueur entre les parties au conflit. Le Rapporteur spécial ne s'opposerait toutefois pas à la suppression de cette disposition si la Commission devait en décider ainsi. Le libellé du projet d'article 3 reprend celui de l'article 2 de la résolution adoptée par l'Institut de droit international en 1985[30].

16. On peut lire encore ceci:

> Si la proposition du Rapporteur spécial a rallié quelque soutien, certains membres ont fait observer qu'il existait des exemples de pratique, mentionnés à la fois dans le rapport du Rapporteur spécial et dans l'étude du Secrétariat, qui semblaient indiquer que les conflits armés se traduisaient par la suspension automatique, en tout ou en partie, de plusieurs catégories de relations conventionnelles. On a fait valoir que les articles ne devraient pas exclure la possibilité d'une suspension ou d'une extinction automatiques dans certains cas. Selon une autre proposition, la disposition pourrait simplement indiquer que la survenance d'un conflit armé n'avait pas nécessairement pour effet d'éteindre un traité ou d'en suspendre l'application[31].

17. En conclusion, il faut redire ici que le projet d'article 3 ne fait qu'annoncer les projets d'articles 4 à 7.

### *Projet d'article 4. 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.**

18. Le projet d'article 4 représente le mode d'application pratique du principe énoncé au projet d'article 3. Dans leur majorité, les réponses suscitées par le projet marquent un accord sur le principe qui sous-tend le projet d'article 4; cela étant, la question de la preuve de l'intention a donné lieu à des réserves. La politique adoptée par le Rapporteur spécial est indiquée clairement dans son premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités[32].

19. Les réserves formulées par certains membres de la Commission (et certaines délégations) en ce qui concerne le rôle de l'intention doivent être examinées de près. Pour commencer, eu égard au caractère du sujet qui nous occupe (et qui fait partie du droit des traités), il ne serait pas réaliste d'affirmer que le rôle de l'intention peut être marginalisé. Par ailleurs, le Rapporteur spécial reconnaît qu'il faut examiner également d'autres facteurs, notamment l'objet et le but du traité et les circonstances particulières du conflit. La teneur du projet d'article 4, dans l'état actuel, n'est certainement pas incompatible avec l'attention apportée à ces autres facteurs. Il ne fait pas de doute que la formulation pourrait en être améliorée.

20. Durant le débat à la Sixième Commission, on a proposé à bon escient de reformuler le projet d'article 4 dans les termes que voici:

> 1. Lorsqu'elle est stipulée dans un traité ou peut se déduire de son interprétation, l'intention des parties quant à l'extinction ou la suspension du traité en cas de conflit armé demeure valide.
>
> 2. En toute autre circonstance, en cas de désaccord entre les parties à un traité au sujet de leur intention quant à l'extinction ou la suspension du traité en cas de conflit armé, cette intention s'établira par tous moyens raisonnables, y compris les travaux préparatoires du traité ou les circonstances de sa conclusion.
>
> 3. Les dispositions qui précèdent sont sans préjudice des décisions que, par consentement mutuel et dans le respect du *jus cogens*, les parties pourraient prendre à tout moment[33].

21. Toutefois, il faut se garder de l'idée que le projet d'article 4 devrait viser toutes les questions que le texte pourrait poser. Le projet d'article 4 est une disposition qui jette les fondements des dispositions qui suivent et les préfigure, en particulier le projet d'article 7 qui figure dans le premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités[34] et renvoie à une abondante pratique des États concernant les bases contextuelles permettant de découvrir l'intention. On pourra également se référer à la proposition faite par le Secrétariat dans son étude (A/CN.4/550 et Corr.1 et 2)[35].

22. En outre, un certain nombre de décisions de juridictions internes montrent l'intérêt qui s'attache aux déductions pouvant être faites à partir de l'objet et du but d'un traité. On notera en particulier les décisions ci-après: *Établissements Cornet v. Vve Gaido*[36]; *In re Barrabini*[37];

---

[28] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 27.

[29] Pour le débat à la Commission, voir *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 31 et 32, par. 142 à 148.

[30] Ibid., par. 142.

[31] Ibid., par. 143.

[32] *Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 1), p. 228 et 229, par. 45 à 54.

[33] Déclaration du représentant du Guatemala, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Sixième Commission*, 19e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 4.

[34] *Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 1), p. 231 à 234, par. 62 à 83.

[35] Disponible sur le site Web de la Commission, à l'adresse suivante: http://legal.un.org/ilc/.

[36] France, cour d'appel d'Aix (7 mai 1951), affaire no 155, *Revue critique de droit international privé*, vol. 41 (1952), p. 697. Voir également *International Law Reports* (1951), p. 506.

[37] France, cour d'appel de Paris (28 juillet 1950), affaire no 156, *Revue critique de droit international privé*, vol. 41 (1952), p. 453. Voir également *International Law Reports* (1951), p. 507.

*State v. Reardon*[38]; *Lanificio Branditex v. Societa Azais e Vidal*[39]; *Silverio v. Delli Zotti*[40]; *In re Utermöhlen*[41]; *The Society for the Propagation of the Gospel in Foreign Parts v. The Town of New Haven and William Wheeler*[42]; *Techt v. Hughes*[43]; *Goos v. Brocks*[44]; *Karnuth v. United States*[45]; *The Sophie Rickmers v. United States*[46]; *Clark v. Allen*[47]; *In re Meyer's Estate*[48]; *Brownell v. City and County of San Francisco*[49]; *Argento v. Horn*[50]; *Gallina v. Fraser*[51].

23. Il ressort de ces décisions que les juridictions internes, dans différents pays, ont tendance généralement à faire état de l'objet et du but d'un traité lorsqu'elles statuent sur les effets d'un conflit armé.

24. Plusieurs réponses mettent en évidence une question particulière. Ainsi, la délégation des États-Unis a fait observer ce qui suit:

> [Le] Rapporteur spécial [est parti de l'idée que] l'intention des parties au moment de la conclusion du traité [avait un] caractère déterminant. [C]ette démarche est problématique [pour le Gouvernement des États-Unis] du fait que les parties qui négocient un traité ne s'intéressent généralement pas aux modalités d'application de ses dispositions durant les conflits armés[52].

25. C'est là introduire un faux dilemme. Il est bien connu de tous ceux qui sont amenés à devoir interpréter des traités (et des lois) que l'intention des parties (ou d'autres acteurs) doit être «reconstituée» en tant qu'hypothèse pratique. Dans un tel contexte, le Rapporteur spécial est d'accord avec l'observation suivante faite par la délégation des États-Unis:

> [Pour régler cette question, il faut] se pencher sur d'autres facteurs, notamment l'objet et le but du traité, le caractère des dispositions particulières [en question] et les circonstances liées au conflit[53].

Des propositions analogues ont été faites durant le débat à la Commission[54].

26. Restent certains problèmes d'ordre structurel, notamment celui du lien qui existe entre le projet d'article 4 et le projet d'article 7. Selon le Rapporteur spécial, ces dispositions sont applicables sur la base d'une coordination. On pourrait soutenir que, si l'article 4 est reformulé de manière à faire état d'autres facteurs, notamment l'objet et le but, l'article 7 ferait double emploi.

27. Si tel était le cas, le contenu actuel du projet d'article 7 serait versé au commentaire. Cependant, cette manière de procéder entraînerait une perte de substance. De nombreux passages du projet d'article 7, sinon tous, reflètent la pratique des États et des normes judiciaires plutôt uniformes.

28. Se pose encore un autre problème d'ordre structurel. Le libellé du projet d'article 4 comporte une référence aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Cela a quelque chose de mécanique, nécessairement, mais il ne saurait être question de façonner des principes d'interprétation spécialement conçus à l'usage exclusif du présent contexte.

### *Projet d'article 5. 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.**

29. Le but de cette disposition est expliqué dans le premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités[55]. La Commission a exprimé un appui général sur ce point. Elle a considéré que le souci de clarté rendait cette disposition nécessaire.

30. Durant le débat à la Commission, on a fait état du principe énoncé dans l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice concernant les armes nucléaires[56] selon lequel, si certains principes des droits de l'homme et de protection de l'environnement continuent d'être appliqués dans les conflits armés, leur application est déterminée par «la *lex specialis* applicable, c'est-à-dire la loi applicable dans les conflits armés, qui est conçue pour régir la conduite des hostilités[57]». Le Rapporteur spécial marque son accord sur le fait que ce principe doit être reflété comme il convient dans le projet d'article.

---

[38] États-Unis, cour suprême du Kansas (15 mai 1926), 120 Kan. 614; 245 P. 158.

[39] Italie, Cour de cassation, toutes chambres réunies (8 novembre 1971), *International Law Reports*, vol. 71, p. 595.

[40] Luxembourg, Cour supérieure de justice (30 janvier 1952), affaire n° 118, *International Law Reports* (1952), p. 558.

[41] Pays-Bas, Cour de cassation (2 avril 1948), affaire n° 129, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, year 1949* (Londres, Butterworth, 1955), p. 380.

[42] États-Unis, Cour suprême (1823), 21 U.S. 464.

[43] États-Unis, cour d'appel de New York (8 juin 1920), 229 N.Y. 222.

[44] États-Unis, cour suprême du Nebraska (1929), 117 Neb. 750, 223 N.W. 13.

[45] États-Unis, Cour suprême (1929), 279 U.S. 231.

[46] États-Unis, tribunal du district sud de New York (1930), 45 F.2d 413.

[47] États-Unis, Cour suprême (1947), 331 U.S. 503.

[48] États-Unis, cour d'appel de district, Californie (1951), 107 Cal. App. 2d 799.

[49] États-Unis, cour d'appel de district, Californie (1954), 271 P.2d 974.

[50] États-Unis, cour d'appel du sixième circuit (1957), 241 F.2d 258.

[51] États-Unis, tribunal de district, Connecticut (1959), 177 F.Supp. 856, *International Law Reports*, vol. 31, p. 356.

[52] Résumé dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 32. Voir aussi *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 32, par. 152.

[53] Résumé dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 32.

[54] Voir *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 33, par. 153.

[55] *Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 1), p. 229 et 230, par. 55 à 58.

[56] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226.

[57] Ibid., p. 240, par. 25. Voir aussi *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 33, par. 159. Voir en outre la déclaration des États-Unis dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 33.

31. Au paragraphe 2 du projet d'article 5, les mots «compétence […] pour conclure» devraient être remplacés par les mots «capacité […] de conclure».

### *Projet d'article 6. 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.**

32. La base de ce projet d'article est examinée dans le premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités[58]. Elle est constituée par l'expérience acquise par le Rapporteur spécial dans le cadre du règlement pacifique de différends frontaliers par des moyens judiciaires ou d'autres moyens. Ce projet d'article s'est heurté à des critiques au sein de la Commission. On a fait observer qu'il n'était pas nécessaire, à strictement parler, étant donné que le projet d'article 3 s'étendait à un traité dont l'interprétation pouvait occasionner un conflit[59]. On a dit que ce cas de figure pourrait être traité dans le commentaire de l'article 3[60]. Un certain nombre de délégations ont exprimé des opinions analogues durant le débat à l'Assemblée générale[61].

33. Selon le Rapporteur spécial, le projet d'article devrait être supprimé et, le cas échéant, la question devrait être renvoyée au commentaire relatif au projet d'article 3.

### *Projet d'article 7. 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.**

34. Le Rapporteur spécial a expliqué la structure de ce projet d'article dans les termes que voici:

> Le Rapporteur spécial a indiqué que le projet d'article 7 portait sur les catégories de traités dont l'objet et le but impliquaient nécessairement qu'ils resteraient applicables pendant un conflit armé. Le paragraphe 1 énonçait le principe fondamental selon lequel la survenance d'un conflit armé n'empêche pas en elle-même l'application de ces traités. Le paragraphe 2 contenait une liste indicative de certaines catégories de traités concernés. On a fait observer que cette catégorisation avait pour effet de créer un ensemble de présomptions faibles et réfutables quant à l'objet et au but des traités de ce type, c'est-à-dire comme preuve de l'objet et du but du traité à l'effet qu'il survit à une guerre. Le Rapporteur spécial a précisé que s'il ne souscrivait pas à toutes les catégories énumérées dans la liste, il les avait toutes reprises pour que la Commission puisse les examiner. La liste tenait compte de la position de plusieurs générations d'auteurs et correspondait à des situations que l'on retrouvait dans la pratique des États, en particulier celle des États-Unis à partir de 1940. Quoique, étroitement lié aux articles 3 et 4, le projet d'article était essentiellement déclaratif et pouvait dès lors être supprimé[62].

35. Le fondement juridique du projet d'article 7 est examiné de manière approfondie dans le premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités[63]. Il est fait état de l'Étude du Secrétariat, qui est un document de fond (A/CN.4/550 et Corr.1 et 2[64]). Le rôle du projet d'article 7 peut être analysé comme suit:

*a*) L'article est justifié en tant qu'il explicite et applique à la pratique des États et aux décisions des juridictions internes le principe énoncé au projet d'article 4.

*b*) Du point de vue de la rédaction, le projet d'article 7 est à strictement parler redondant. Il a un caractère purement indicatif et renvoie aux documents de fond que le Rapporteur spécial a utilisés dans sa recherche.

*c*) De toute façon, comme un certain nombre de membres de la Commission, ainsi que des gouvernements, ont eu l'occasion de le dire, la catégorisation en tant qu'outil d'analyse est intrinsèquement erronée. Le représentant des États-Unis à la Sixième Commission, lors de la soixantième session de l'Assemblée générale, a clairement exprimé ce point de vue dans les termes que voici:

---

[58] *Annuaire… 2005* (voir *supra* la note 1), p. 230, par. 59 à 61.

[59] Ibid., vol. II (2e partie), p. 34, par. 164.

[60] Ibid.

[61] Voir, par exemple, Roumanie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 19e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 42.

[62] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 34, par. 167.

[63] Ibid. (voir *supra* la note 1), p. 231 à 239, par. 62 à 118.

[64] Voir *supra* la note 35.

Le projet d'article 7 mentionne 12 catégories de traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils continuent d'être applicables lors des conflits armés. Cette catégorisation des traités est problématique car les traités ne rentrent pas automatiquement dans une des catégories citées. Il n'est également pas facile de classer des dispositions particulières car les termes utilisés pour des dispositions similaires et l'intention des parties peuvent varier d'un traité à l'autre. Pour que les États puissent agir en connaissance de cause, il serait plus utile d'énumérer les facteurs qui permettraient de conclure qu'un traité – ou certaines de ses dispositions – demeure en vigueur, doit être suspendu ou doit s'éteindre en cas de conflit armé. La délégation des États-Unis compte donner suite avant la fin de la prochaine session à la demande de la Commission qui souhaite obtenir un complément d'information concernant la pratique contemporaine[65].

36. Une distinction s'impose ici. D'une part, on peut accepter que l'utilisation de catégories du type décrit dans le projet d'article 7 est d'un maniement difficile et ne convient pas aux fins de rédaction. D'autre part, comme indiqué dans le premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, la plupart des catégories énoncées trouvent à s'appuyer précisément sur les positions de principe et les évaluations juridiques d'auteurs éminents et sur une jurisprudence abondante. Autrement dit, ces matériaux énoncent les facteurs auxquels le représentant des États-Unis faisait allusion dans la déclaration citée ci-dessus.

37. Il semble, en définitive, que la solution se situe dans le domaine de la présentation. Ainsi, le projet d'article 7 pourrait être supprimé: comme on l'a déjà souligné, il a un caractère indicatif et il poursuit un objectif d'explicitation. Se pose alors la question de trouver un contenant approprié pour le projet d'article 7. À cet effet, une annexe comportant une analyse de la pratique des États et de la jurisprudence pourrait être établie par le Secrétariat avec l'assistance du Rapporteur spécial.

38. Un certain nombre de points concrets ont été soulevés dans la discussion tant à la Commission qu'à la Sixième Commission, sans compter les modalités générales de l'approche fondée sur la catégorisation. En ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 2, on a dit que cette catégorie n'était pas nécessaire, car elle était déjà visée par l'article 5 du projet d'article[66]. Cette analyse est certes correcte, mais elle ne tient pas compte de l'objectif d'explicitation visé par ledit article. En réalité, cet alinéa a donné lieu à une discussion assez nourrie.

39. Le représentant du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord s'est demandé si les traités relatifs à la protection de l'environnement avaient leur place dans l'énumération figurant dans l'article[67].

40. À la Commission, la catégorie des traités constituant un régime ou un statut permanent a fait l'objet de critiques au motif qu'elle était ambiguë et trop ouverte[68]. Le Rapporteur spécial tient à signaler que cette catégorie a reçu un soutien ferme de la part des auteurs et qu'elle est reconnue par d'autres sources de droit.

41. Le problème lié au «système», tel qu'il ressort de la discussion générale, est celui du fonctionnement d'une *lex specialis* en temps de conflit armé, fonctionnement qui exclut absolument le principe de la continuité générale. Cela n'est pas sans avoir une incidence sur le domaine des droits de l'homme. Il existe à cet égard une base solide de continuité, mais la protection des droits de l'homme doit être rapportée aux droits des conflits armés. Cette analyse vaut également pour l'application des principes relatifs à la protection de l'environnement en temps de conflit armé.

42. À la lumière de ces considérations, il est évident que la formulation de principes spécifiques de continuité est problématique. La liste indicative reflète peut-être les politiques adoptées par des juridictions internes et certains avis qui ont été énoncés à leur intention. Il n'est pas possible d'affirmer que la liste repose sur la pratique des États au sens classique[69].

[65] Résumé dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 34.

[66] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 35, par. 171.

[67] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 20e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 1.

[68] Voir, entre autres, *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 35, par. 171.

[69] Voir la déclaration du représentant de l'Inde, telle qu'elle est résumée dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 18e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 64.

# L'OBLIGATION D'EXTRADER OU DE POURSUIVRE (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

[Point 10 de l'ordre du jour]

**DOCUMENT A/CN.4/571**

## Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), par M. Zdzislaw Galicki, Rapporteur spécial

*[Original: anglais]*
*[7 juin 2006]*

### TABLE DES MATIÈRES


| | | Paragraphes | Pages |
|---|---|---|---|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | | | 267 |
| Ouvrages cités dans le présent rapport | | | 269 |
| Préface | | 1-3 | 269 |
| Introduction | | 4-15 | 269 |
| *Chapitres* | | | |
| I. | Universalité de la répression et universalité de la compétence | 16-30 | 271 |
| II. | Compétence universelle et obligation d'extrader ou de poursuivre | 31-34 | 273 |
| III. | Sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre | 35-48 | 274 |
| | A. Traités internationaux | 35-39 | 274 |
| | B. Coutume internationale et principes généraux du droit | 40-42 | 275 |
| | C. Législation nationale et pratique des États | 43-48 | 275 |
| IV. | Étendue de l'obligation d'extrader ou de poursuivre | 49-57 | 276 |
| V. | Questions de méthode | 58-60 | 277 |
| VI. | Plan d'action préliminaire | 61 | 278 |
| *Annexe.* | Bibliographie introductive | | 280 |


---

### Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

| | *Sources* |
|---|---|
| Convention internationale pour la répression du faux monnayage (Genève, 20 avril 1929) | Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXII, n° 2623, p. 371. |
| Convention pour la prévention et la répression du terrorisme (Genève, 16 novembre 1937) | Ibid., document C.546.M.383.1937.V. |
| Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Genève, 12 août 1949) | Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nos 970 à 973, p. 31, 85, 135 et 287. |
| Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) [Genève, 8 juin 1977] | Ibid., vol. 1125, n° 17512, p. 3. |
| Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957) | Ibid., vol. 359, n° 5146, p. 273. |

| | *Sources* |
|---|---|
| Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958) | Ibid., vol. 450, nº 6465, p. 11. |
| Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (New York, 30 mars 1961) | Ibid., vol. 520, nº 7515, p. 151. |
| Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (Genève, 25 mars 1972) | Ibid., vol. 976, nº 14151, p. 3. |
| Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970) | Ibid., vol. 860, nº 12325, p. 105. |
| Convention sur les substances psychotropes (Vienne, 21 février 1971) | Ibid., vol. 1019, nº 14956, p. 175. |
| Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971) | Ibid., vol. 974, nº 14118, p. 177. |
| Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973) | Ibid., vol. 1015, nº 14861, p. 243. |
| Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973) | Ibid., vol. 1035, nº 15410, p. 167. |
| Convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 27 janvier 1977) | Ibid., vol. 1137, nº 17828, p. 93. |
| Convention sur la protection physique des matières nucléaires (Vienne, 26 octobre 1979) | Ibid., vol. 1456, nº 24631, p. 101. |
| Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979) | Ibid., vol. 1316, nº 21931, p. 205. |
| Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) | Ibid., vol. 1834, nº 31363, p. 3. |
| Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984) | Ibid., vol. 1465, nº 24841, p. 85. |
| Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988) | Ibid., vol. 1678, nº 29004, p. 201. |
| Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988) | Ibid., vol. 1582, nº 27627, p. 95. |
| Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (New York, 4 décembre 1989) | Ibid., vol. 2163, nº 37789, p. 75. |
| Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 9 décembre 1994) | Ibid., vol. 2051, nº 35457, p. 363. |
| Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997) | Ibid., vol. 2149, nº 37517, p. 257. |
| Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) | Ibid., vol. 2187, nº 38544, p. 3. |
| Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999) | Ibid., vol. 2178, nº 38349, p. 197. |
| Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (New York, 15 novembre 2000) | Ibid., vol. 2225, nº 39574, p. 209. |
| Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (New York, 15 novembre 2000) | Ibid., vol. 2237, nº A-39574, p. 319. |
| Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (New York, 15 novembre 2000) | Ibid., vol. 2241, nº A-39574, p. 480. |
| Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (New York, 31 mai 2001) | Ibid., vol. 2326, nº A-39574, p. 211. |
| Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003) | Ibid., vol. 2349, nº 42146, p. 41. |
| Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (New York, 13 avril 2005) | Ibid., vol. 2445, nº 44004, p. 89. |
| Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005) | Conseil de l'Europe, *Série des Traités*, nº 196. |

## Ouvrages cités dans le présent rapport


AMNESTY INTERNATIONAL

*Universal Jurisdiction: The duty of States to enact and implement legislation*, Londres, Secrétariat international, 2001.

BASSIOUNI, M. Cherif et Edward M. WISE

*Aut Dedere aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

BROOMHALL, Bruce

«Towards the development of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law», *New England Law Review*, Boston, vol. 35, nº 2 (premier trimestre 2001), p. 399 à 420.

DUGARD, John et Christine VAN DEN WYNGAERT

«Reconciling extradition with human rights», *American Journal of International Law*, Washington, vol. 92, nº 2 (avril 1998), p. 187 à 212.

ENACHE-BROWN, Colleen et Ari FRIED

«Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law», McGill Law Journal, Montréal, vol. 43 (1997-1998), p. 613 à 633.

FISHER, Keith R.

«*In rem* alternatives to extradition for money laundering», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 25, nº 3 (troisième trimestre 2003), p. 409 à 456.

GROTIUS, Hugo

*De Jure Belli ac Pacis* (traduction française de Jean Barbeyrac dans «Le droit de la guerre et de la paix», Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, t. II).

GUILLAUME, Gilbert

«Terrorisme et droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1989-III, t. 215 (1990), Dordrecht, Martinus Nijhoff, p. 287 à 416.

HARVARD LAW SCHOOL

«Research in international law, II: jurisdiction with respect to crime», Supplément, *American Journal of International Law*, t. 29 (1935), p. 435 à 651.

HENZELIN, Marc

*Le principe de l'universalité en droit pénal international: droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2000.

HUDSON, Manley O. (dir. publ.)

*International Legislation: A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interest*, vol. VII (1935-1937), nos402 à 505, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1941.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

*Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992.

JENNINGS, Sir Robert et Sir Arthur WATTS (dir. publ.)

*Oppenheim's International Law*, vol. I: *Peace*, parties 2 à 4, 9e éd., Harlow, Longman, 1992.

LARSAEUS, Nina

«The relationship between safeguarding internal security and complying with international obligations of protection: the unresolved issue of excluded asylum seekers», *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, nº 1 (2004), p. 69 à 97.

PLACHTA, Michael

«The *Lockerbie* case: the role of the Security Council in enforcing the principle *aut dedere aut judicare*», *European Journal of International Law*, vol. 12, nº 1 (2001), p. 125 à 140.

«*Aut dedere aut judicare*: an overview of modes of implementation and approaches», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, nº 4 (1999), p. 331 à 365.

ROHT-ARRIAZA, Naomi

«State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law», *California Law Review*, Berkeley, vol. 78, nº 2 (mars 1990), p. 449 à 513.


# Préface

1. À sa cinquante-sixième session, en 2004, la Commission du droit international a décidé, sur recommandation de son groupe de travail, d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet intitulé «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)[1]». Dans sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004, l'Assemblée générale a pris note du programme de travail à long terme de la Commission. Celle-ci a examiné à sa 2865e séance, le 4 août 2005, les nouveaux sujets qui feraient partie de son programme et a décidé d'inscrire la question de «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)» à son ordre du jour, en nommant M. Zdzislaw Galicki Rapporteur spécial sur le sujet[2].

2. C'est un sujet qui apparaît dès 1949, à la première session de la Commission[3], parmi les projets envisagés mais qui est resté largement oublié pendant plus d'un demi-siècle, si ce n'est qu'il a été brièvement mentionné aux articles 8 et 9 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996[4]. Le projet de code fixait de façon très floue les contours du principe *aut dedere aut judicare* et du principe connexe de la compétence universelle. Il est important de rappeler que le projet de code était essentiellement le résultat d'un travail de codification, plus que d'un travail de développement progressif, du droit international coutumier tel qu'il se présentait en 1996 – et tel que devait le confirmer, deux années plus tard, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

3. Dans le texte qui va suivre, le Rapporteur spécial présente quelques premières observations de fond, tout à fait préliminaires, souligne les points les plus importants sur lesquels il faudrait revenir et dessine un schéma très général des travaux que la Commission pourrait entreprendre.

# Introduction

4. La formule «extrader ou juger» (en latin *aut dedere aut judicare*) est couramment utilisée pour désigner

[1] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 128, par. 362. Pour le plan de l'étude, voir paragraphes 21 à 24 (ibid.).

[2] *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 93, par. 500.

[3] *Annuaire… 1949*, document A/925, p. 281, par. 16 (4).

[4] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 28 et 32.

l'obligation binaire qui se présente face à un délinquant présumé, et «figure dans plusieurs traités multilatéraux qui visent à établir la coopération internationale pour la répression de certains types de comportements criminels[5]».

5. Selon les auteurs, «[l]'expression *aut dedere aut judicare* est la traduction moderne d'une formule de Grotius: *aut dedere aut punire* (extrader ou punir)[6]». Il semble cependant que, dans le contexte contemporain, une formule plus lâche conviendrait pour exprimer cette double obligation: extrader ou «poursuivre» (*judicare*), au lieu de «punir» (*punire*), et ce d'autant plus si l'on garde à l'esprit que Grotius tenait qu'il y avait une obligation générale d'extrader ou de punir pour toute infraction portant préjudice à un autre État.

6. La conception moderne ne semble pas aller aussi loin que Grotius dans la mesure où elle envisage que le délinquant présumé puisse être disculpé. De surcroît, elle laisse en suspens la question de savoir si l'obligation dont il s'agit découle exclusivement des traités ou si elle est le reflet d'une obligation générale du droit international coutumier, en tout cas pour certaines infractions internationales.

7. D'autres formules décrivent dans la doctrine l'obligation qui nous occupe comme, par exemple, *judicare aut dedere, aut dedere aut prosequi*[7], voire *aut dedere, aut judicare, aut tergiversari*[8]. Au niveau de l'exécution, il y a aussi le cas de figure où une sentence pénale étrangère est exécutée en vertu du principe *aut dedere aut poenam persequi*[9].

8. Certains auteurs ont fait remarquer qu'il fallait faire la distinction entre le principe de la compétence universelle et le principe *aut dedere aut judicare*. À leur avis,

> [l]a dernière expression est essentiellement une adaptation moderne de l'expression *aut dedere aut punire* utilisée par Grotius dans *De Jure Belli ac Pacis* pour désigner le droit naturel qu'a l'État lésé d'imposer une punition, soit par lui-même soit par le bras de l'État où se trouve le suspect. L'expression moderne cependant semble correspondre mieux au sens contemporain car, à strictement parler, elle n'implique pas l'obligation de «punir» mais plutôt celle de juger, ou même simplement de «prendre des mesures de poursuite»[10].

La question des relations entre les deux principes sera abordée au chapitre II du présent rapport. L'analyse complète des liens existant entre le principe de compétence pénale universelle et le principe *aut dedere aut judicare* devrait indubitablement avoir une place importante dans les travaux que la Commission consacrera au sujet.

9. Bien que l'obligation d'extrader ou de poursuivre paraisse à première vue très traditionnelle, sa formulation latine ancienne ne doit pas induire en erreur. Elle ne peut pas être traitée comme un sujet traditionnel uniquement. Son évolution de l'époque de Grotius à nos jours et sa grande transformation en instrument efficace de protection contre les infractions criminelles des États ou des individus peuvent facilement amener à conclure qu'elle est le reflet du nouvel état de droit international et des préoccupations pressantes de la communauté internationale.

10. La Commission, qui a intégré la règle *aut dedere aut judicare* dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[11], a expliqué à cette occasion le principe et sa logique dans les termes suivants:

> L'obligation de poursuivre ou d'extrader est mise à la charge de l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime. L'État de détention est tenu de prendre des mesures pour faire en sorte que ledit individu soit poursuivi soit par ses propres autorités, soit par celles d'un autre État qui, en demandant l'extradition, manifeste qu'il est disposé à engager des poursuites. En raison de la présence de l'auteur présumé du crime sur son territoire, l'État de détention se trouve dans une position exceptionnelle pour garantir la mise en œuvre du code, d'où l'obligation qui lui incombe de prendre les dispositions raisonnables nécessaires pour appréhender l'individu en question et veiller à ce qu'il soit poursuivi et jugé par une juridiction compétente. L'obligation d'extrader ou de poursuivre s'applique à l'État qui détient «l'auteur présumé d'un crime», expression qui doit s'entendre d'une personne contre laquelle existent non pas des allégations sans preuves, mais des indices précis et pertinents[12].

11. La Commission a fait observer que l'obligation de poursuivre ou d'extrader reposait sur la qualité des preuves, tout en notant que

> [l]e niveau de preuve exigé pour engager des poursuites pénales ou faire droit à une demande d'extradition diffère selon les législations nationales[13].

12. Conscient de l'importance du principe en question pour le fonctionnement du mécanisme de l'extradition, le 1er septembre 1983 l'Institut de droit international a adopté, à la session qu'il a tenue à Cambridge (Royaume-Uni), une résolution sur les nouveaux problèmes en matière d'extradition, qui comprend une partie VI intitulée «*Aut judicare aut dedere*» dont le paragraphe 1 se lit comme suit:

> La règle *aut judicare aut dedere* devrait être renforcée et amplifiée et elle devrait être accompagnée de dispositions détaillées relatives à l'assistance judiciaire[14].

13. Les commentateurs ont souligné que, pour déterminer l'efficacité d'un système fondé sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre, il fallait résoudre trois problèmes:

> [E]n premier lieu, le statut et le champ d'application du principe en droit international; en deuxième lieu, la hiérarchie des choix offerts par

---

[5] Bassiouni et Wise, *Aut Dedere aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, p. 3. On y trouve une abondante collection de conventions internationales de droit pénal fixant l'obligation d'extrader ou de poursuivre, classées en plusieurs catégories et assorties des commentaires des deux auteurs (ibid., p. 75 à 302). Cet ouvrage pourrait être un bon point de départ pour les travaux ultérieurs de la Commission.

[6] Ibid, p. 4. Voir également Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, chap. XXI, par. III et IV, p. 526 à 529.

[7] Voir Guillaume, «Terrorisme et droit international», p. 371: «Dès lors la véritable option qui s'ouvre aux États est nécessairement *aut dedere aut prosequi*.»

[8] Ce qui peut se traduire librement par «remettre, poursuivre ou tergiverser» (Fisher, «*In rem* alternatives to extradition for money laundering», p. 412).

[9] Plachta, «The *Lockerbie* case: the role of the Security Council in enforcing the principle *aut dedere aut judicare*», p. 131.

[10] Larsaeus, «The relationship between safeguarding internal security and complying with international obligations of protection: the unresolved issue of excluded asylum seekers», p. 79.

[11] Voir ci-dessous au paragraphe 24 le texte de l'article 9 de ce projet.

[12] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 32, par. 3 du commentaire de l'article 9.

[13] Ibid., par. 4.

[14] Institut de droit international, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, p. 162.

la règle, à condition que l'État requis ait un choix; en troisième lieu, les difficultés pratiques de l'opération *judicare*[15].

14. Ces difficultés et ces obstacles pratiques existent apparemment aussi bien quand il s'agit de *dedere* que quand il s'agit de *judicare*. Les graves faiblesses du système d'extradition et d'entraide actuel résultent pour une grande part du caractère dépassé des traités bilatéraux d'extradition et d'entraide: ils prévoient plusieurs motifs de refus qui ne conviennent pas dans le cas du crime de droit international et souvent ne donnent pas de garanties en cas d'extradition vers un pays où l'intéressé risque un procès inéquitable, la torture ou la peine de mort[16]. De nombreuses autres circonstances privent les régimes de poursuite de leur efficacité et ne conviennent pas au crime international, notamment la prescription, l'immunité, la non-rétroactivité de l'action pénale à l'égard de comportements qui étaient criminels en droit international au moment où ils se sont produits.

15. Il serait également utile de se demander s'il y a une hiérarchie entre les obligations particulières qui peuvent découler de l'obligation générale d'extrader ou de poursuivre, ou si la question relève de la seule discrétion de l'État concerné.

[15] Plachta, «*Aut dedere aut judicare*: an overview of modes of implementation and approaches», p. 332.

[16] Dugard et Van den Wyngaert présentent des observations intéressantes sur *aut dedere aut judicare* comme solution par opposition aux tendances à réprimer les crimes internationaux et à protéger les droits fondamentaux de la personne dans «Reconciling extradition with human rights», p. 209 et 210.

## Chapitre I

## Universalité de la répression et universalité de la compétence

16. En particulier, l'obligation d'extrader ou de poursuivre est énoncée, depuis quelques décennies, dans toutes les conventions dites sectorielles organisant la répression du terrorisme, à commencer par la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, dont l'article 7 dispose:

> L'État contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception et que l'infraction ait ou non été commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.

17. Comme l'ont fait observer les auteurs, on trouve deux variantes de la formule utilisée dans la Convention susmentionnée, à savoir:

> *a*) [l]'obligation alterne d'engager l'action pénale est subordonnée, dans le cas d'un étranger, à la décision de l'État concerné d'autoriser ou non l'exercice d'une compétence extraterritoriale;
>
> *b*) [l]'obligation d'engager l'action pénale ne naît que lorsqu'une demande d'extradition a été refusée[17].

On retrouve ces deux variantes dans les conventions universelles ou régionales conclues par la suite qui visent divers crimes internationaux ou transnationaux.

18. Avec la formulation adoptée dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, l'obligation s'est trouvée considérablement renforcée par son association avec le principe de l'universalité de la répression des actes de terrorisme. Le principe de l'universalité de la répression ne devrait toutefois pas être assimilé au principe de l'universalité de la juridiction ou de la compétence d'un organe judiciaire. Dans ce contexte, l'universalité de la répression signifie que l'obligation d'extrader ou de poursuivre liant les États en cause fait qu'il n'y aurait aucun endroit au monde où l'auteur des actes en question pourrait trouver refuge et échapper à sa responsabilité pénale.

19. La notion de compétence universelle en matière pénale fait l'objet de diverses définitions. L'une d'elle semble utile sur le plan pratique; elle la définit en ces termes:

> [L]a capacité qu'a le procureur ou le juge d'instruction d'un État d'enquêter sur certaines personnes ou de les poursuivre à raison de crimes commis en dehors du territoire de cet État et qui ne sont pas liés à celui-ci par la nationalité du suspect ou de la victime ni par le préjudice porté à ses intérêts nationaux[18].

20. Par conséquent, les crimes relevant de la compétence universelle – selon les auteurs de la définition que l'on vient de citer – seraient de trois espèces:

> 1) Les crimes en droit international: par exemple les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, ainsi que la torture, l'exécution extrajudiciaire et la «disparition forcée».
>
> 2) Les crimes en droit national qui préoccupent la communauté internationale, par exemple le détournement d'avions, la destruction d'avions, la prise d'otages et les attaques visant des diplomates.
>
> 3) Les crimes de droit commun en droit national, par exemple le meurtre, l'enlèvement, les voies de fait et le viol[19].

21. D'autre part, la notion de compétence et de juridiction universelles a surtout été liée ces dernières années à la création de juridictions pénales internationales et à leurs activités. Dans la pratique toutefois, l'étendue de ces «compétence et juridiction» quasi universelles dépend du nombre d'États qui ont accepté la création de ces juridictions internationales et elle n'est pas directement liée à l'obligation d'extrader ou de poursuivre. On soulignera cependant, pour éviter tout malentendu, que même si les tribunaux pénaux internationaux exercent une compétence internationale de portée géographique variable, y compris la compétence universelle, on ne peut voir dans

[17] Plachta, «*Aut dedere aut judicare*…», p. 360. À titre d'exemple, on citera les conventions suivantes: pour la variante *a*, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (par. 9 de l'article 6); et, pour la variante *b*, la Convention européenne pour la répression du terrorisme (article 7).

[18] Amnesty International, *Universal Jurisdiction: The duty of States to enact and implement legislation*, introduction, p. 1.

[19] Ibid.

cette dernière la compétence universelle dont on a parlé plus haut, qui ne peut être exercée que par les États. Ces deux types de compétence sont en général tenus pour complémentaires mais totalement différents.

22. Lorsque l'on analyse sous ses divers aspects l'application de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, on est inévitablement amené à s'intéresser au principe d'universalité et à son évolution, depuis sa première expression jusqu'aux dispositions pertinentes du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Dans cette perspective historique, on trouve un exemple intéressant de tentative précoce d'analyse du cas de figure de la compétence universelle dans le projet de convention sur la compétence établi en 1935 par Research in International Law, sous les auspices de la Harvard Law School[20]. Ce projet contenait deux articles qui portaient sur la question: l'article 9, intitulé «Universalité – piraterie», et l'article 10, intitulé «Universalité – autres crimes». Ce dernier se lisait comme suit:

> Un État a compétence à l'égard d'un crime commis en dehors de son territoire par un étranger, sauf les crimes mentionnés aux articles 6 à 9[21], dans les conditions suivantes:
>
> *a*) Lorsque le crime est commis en un lieu qui n'est pas soumis à la juridiction de cet État mais qui est placé sous l'autorité d'un autre État, si l'acte ou l'omission qui constitue le crime est également une infraction à la loi du lieu où il a été commis, si la remise de cet étranger aux fins de poursuites a été proposée par l'autre État et si cette proposition n'a pas été acceptée, et si l'action pénale n'est pas prescrite selon la loi du lieu où le crime a été commis. La peine imposée ne peut en aucun cas être plus lourde que la peine prévue pour le même acte ou la même omission par la loi du lieu où le crime a été commis.
>
> *b*) Lorsque le crime a été commis en un lieu qui n'est pas soumis à l'autorité d'un État, si l'acte ou l'omission qui constitue le crime est également une infraction à la législation de l'État dont l'étranger a la nationalité, si la remise de cet étranger aux fins des poursuites a été proposée à l'État ou aux États dont il a la nationalité et si cette proposition n'a pas été acceptée, et si l'action pénale n'est pas prescrite par la législation de l'État dont l'intéressé a la nationalité. La peine imposée ne peut en aucun cas être plus lourde que la peine prévue pour le même acte ou la même omission par la loi de l'État dont l'étranger a la nationalité[22].

23. La formule que l'on vient de citer combine des éléments de la compétence universelle de l'État avec les pouvoirs juridictionnels qu'exerce l'État en vertu des principes de territorialité et de nationalité, avec cet élément supplémentaire qu'est l'éventualité d'une extradition («remise»), qui peut être considérée comme un écho du principe *aut dedere aut judicare*. Malgré tout, par leur construction même, ces dispositions semblent viser le droit – et non l'obligation – qu'a un État d'extrader ou de poursuivre.

24. Pour ce qui est des travaux antérieurs de codification, l'obligation qui nous occupe se trouve à l'article 9, intitulé «Obligation d'extrader ou de poursuivre», du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission à sa quarante-huitième session, en 1996[23]. Cet article se lit comme suit:

> Sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, l'État partie sur le territoire duquel l'auteur présumé d'un crime visé à l'article 17, 18, 19 ou 20 est découvert extrade ou poursuit ce dernier[24].

25. Parallèlement, l'article 8 du même projet, intitulé «Compétence», exige de chaque «État partie» qu'il prenne

> les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des crimes visés aux articles 17, 18, 19 et 20, quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes[25].

Dans le commentaire de cet article, la Commission déclarait:

> La question de savoir qui a compétence pour connaître des crimes visés par le code est tranchée, dans le premier cas, par le droit international, et, dans le second, par le droit national. En ce qui concerne le droit international, tout État partie est en droit d'exercer sa compétence à l'égard de l'auteur présumé d'un crime de droit international visé aux articles 17 à 20 qui se trouve sur son territoire, en vertu du principe de la compétence universelle énoncé à l'article 9. Le membre de phrase «quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes» sert, dans la première disposition de l'article 8, à dissiper tout doute quant à l'existence d'une compétence universelle pour les crimes en question[26].

26. Même si la Commission n'utilise pas effectivement les termes «compétence universelle» dans le projet d'article 9, le commentaire que l'on vient de lire montre qu'au moins les «crimes de droit international» (génocide, crimes contre l'humanité, crimes dirigés contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, crimes de guerre) visés aux articles 8 et 9 relèvent de la «compétence universelle». Elle a reconnu que ces crimes donnaient naissance à l'obligation *aut dedere aut judicare*.

27. Il est intéressant de constater cependant que, lorsque la notion d'obligation a été pour la première fois introduite dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité en 1986 par le Rapporteur spécial d'alors, M. Doudou Thiam, le projet d'article pertinent s'intitulait «Infraction universelle» et il disposait ce qui suit: «Tout État sur le territoire duquel a été arrêté l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a le devoir de le juger ou de l'extrader[27].»

28. L'année suivante, le titre de l'article était devenu «*Aut dedere aut punire*[28]». Il a été modifié une fois encore en «Obligation de juger ou d'extrader[29]» au moment où l'article a été adopté en première lecture, avant de revêtir

---

[20] Voir Harvard Law School, «Research in International Law, II: jurisdiction with respect to crime», p. 439.

[21] Les «crimes mentionnés» dans lesdits articles comprenaient les crimes touchant à «la sûreté de l'État», «la contrefaçon», «la piraterie», ainsi que les crimes commis à l'extérieur du territoire d'un État par un étranger «à l'occasion d'un acte officiel pour l'accomplissement duquel cet étranger a été engagé au bénéfice de cet État» ou «dont l'intéressé est membre de l'équipage d'un navire ou d'un aéronef ayant la qualité nationale de l'État en question».

[22] Harvard Law School, loc. cit., p. 440 et 441.

[23] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 32.

[24] Ibid. Il s'agit du «crime de génocide», des «crimes contre l'humanité», des «crimes dirigés contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé» et des «crimes de guerre».

[25] Ibid., p. 28.

[26] Ibid., p. 30, par. 7 du commentaire.

[27] *Annuaire… 1986*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/398, quatrième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, Rapporteur spécial, p. 83, art. 4, par. 1.

[28] *Annuaire… 1987*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/404, p. 3.

[29] Article 4 (Obligation de juger ou d'extrader):

«1. Tout État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est tenu soit de le juger soit de l'extrader.»

sa forme finale («Extrader ou poursuivre») dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité finalement adopté par la Commission en 1996.

29. Une formule analogue, encore qu'elle ait été limitée aux «infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale», a été utilisée par la Commission lorsqu'elle a élaboré en 1972 son projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale (art. 6[30]). Le principe *aut dedere aut judicare* est reproduit tel quel à l'article 7 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1973[31].

30. Si l'on considère donc la pratique de la Commission, il apparaît clairement que le principe *aut dedere aut judicare* est passé par diverses phases d'évolution, tant dans sa forme que dans son contenu. Ce développement peut actuellement aider la Commission à se prononcer sur la formule à retenir finalement pour exprimer l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Il semble particulièrement important soit de conserver la traduction la plus courante de *judicare* (poursuivre), soit de la remplacer par «juger» (en anglais *try* ou *adjudicate*).

[*Annuaire… 1988*, vol. II (2e partie), p. 70; voir aussi *Annuaire… 1994*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/460, p. 108.]

[30] Article 6:

«L'État partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction, s'il décide de ne pas extrader ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception et sans retard injustifié, à ses autorités compétentes aux fins de la poursuite, selon une procédure conforme à la législation de cet État.»

(*Annuaire… 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1, p. 346.)

[31] Résolution 3166 (XXVIII) de l'Assemblée générale, annexe.

## Chapitre II

## Compétence universelle et obligation d'extrader ou de poursuivre

31. Dans une note d'analyse juridique bien connue, une organisation non gouvernementale a fait valoir les rapports étroits et mutuels qui unissent ces deux institutions:

> Il y a deux grandes règles de droit international qui sont liées mais conceptuellement distinctes.
>
> La **compétence universelle** est la *capacité* qu'a le tribunal d'un État de juger une personne coupable d'un crime commis en dehors du territoire de cet État et qui n'est lié à cet État ni par la nationalité du suspect ou de la victime ni par le préjudice porté à ses intérêts nationaux. Cela est parfois qualifié de compétence universelle permissive. La règle fait maintenant partie du droit international coutumier mais on en voit aussi le reflet dans les traités, les législations et les jurisprudences nationales concernant les crimes de droit international, les crimes de droit commun préoccupant la communauté internationale et les crimes de droit commun relevant du droit national.
>
> […]
>
> La règle connexe ***aut dedere aut judicare*** (extrader ou poursuivre) veut qu'un État ne puisse mettre à l'abri une personne soupçonnée de certains crimes. En fait, l'État est *tenu* soit d'exercer sa compétence (qui dans certains cas peut être la compétence universelle) à l'égard de la personne soupçonnée de crimes d'une certaine nature, soit d'extrader cette personne vers un État qui a les moyens et la volonté d'exercer sa compétence, soit la remettre à un tribunal pénal international ayant compétence à l'égard du suspect et du crime. Sur le plan pratique, lorsque la règle *aut dedere aut judicare* s'applique, l'État où se trouve le suspect doit faire en sorte que ses tribunaux exercent leur compétence dans sa plus grande étendue géographique, jusque[s] et y compris sa portée universelle, dans les affaires où l'État n'est pas en mesure d'extrader le suspect vers un autre État ni de le remettre à un tribunal pénal international[32].

32. Pendant les débats de la Sixième Commission, à la soixantième session de l'Assemblée générale en 2005, certaines délégations se sont félicitées de l'inscription du sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)», en faisant observer que

> [son] analyse […] devrait prendre en compte le principe de la compétence universelle en matière pénale. La pratique croissante, qui s'était accélérée ces dernières années, consistant à inclure l'obligation d'extrader ou de poursuivre dans de nombreux traités internationaux et l'application de cette obligation par les États dans leurs relations mutuelles soulevaient la question de l'unification des différents aspects de la mise en œuvre de cette obligation. Parmi les problèmes les plus importants à clarifier d'urgence, on pouvait citer la possibilité de reconnaître l'obligation en question non pas uniquement en tant qu'obligation conventionnelle mais aussi en tant qu'obligation qui puisait ses racines, du moins dans une certaine mesure, dans les règles coutumières[33].

33. De nombreux auteurs ont souligné le lien direct qui existe entre l'institution de la compétence universelle et l'obligation d'extrader ou de poursuivre:

> Les traités qui fixent un régime de «compétence universelle» définissent généralement un crime puis obligent toutes les parties soit à faire enquête sur ce crime et (s'il y a lieu) à engager des poursuites, soit à extrader les suspects vers une partie étant disposée à ce faire. Telle est l'obligation *aut dedere aut judicare* (extrader ou poursuivre)[34].

34. Mais tous les auteurs ne sont pas d'accord sur l'application du principe (ni de l'obligation!) *aut dedere aut judicare* à tous les crimes couverts par le régime de la compétence universelle. Comme le résume l'un d'eux:

> L'idée […] que le principe *aut dedere aut judicare* s'appliquerait à tout crime universellement condamnable dans le cadre du droit international coutumier, et la théorie […] que ce principe reviendrait dans certains cas à une obligation *erga omnes* n'en sont pas moins des positions extrêmes. Bien que je n'aie pas trouvé suffisamment de preuves pour étayer l'idée de cette obligation, je ne peux écarter l'éventualité que le principe ait acquis la qualité de règle coutumière dans le contexte de certaines conventions, voire de groupes de conventions[35].

[32] Amnesty International, op. cit., chap. 1, p. 11 et 12.

[33] Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixantième session (A/CN.4/560), par. 243.

[34] Broomhall, «Towards the development of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law», p. 401.

[35] Larsaeus, loc. cit., p. 91.

CHAPITRE III

## Sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre

### A. Traités internationaux

35. Le travail de codification de la matière devrait commencer par l'établissement de la liste comparative des traités qui consacrent cette obligation et des formules qu'ils utilisent. Les publicistes ont déjà fait quelques tentatives et dressé des listes très nombreuses de traités et de conventions[36]. Il s'agit à la fois de traités de fond qui définissent certaines infractions, exigent qu'elles soient érigées en crimes et prévoient que les auteurs en seront poursuivis ou extradés, et de conventions de procédure réglant les questions d'extradition, entre autres aspects de la coopération juridique entre les États.

36. En examinant ces traités, il faudra s'intéresser de près, au minimum, aux dispositions des conventions de droit international pénal qui fixent l'obligation d'extrader ou de poursuivre et qui portent, pour reprendre les listes utilisées par les auteurs, sur des questions comme celles-ci:

1) l'interdiction de l'agression; 2) les crimes de guerre; 3) l'utilisation illégale d'armes; 4) les crimes contre l'humanité; 5) l'interdiction du génocide; 6) la discrimination raciale et l'apartheid; 7) l'esclavage et les crimes connexes; 8) l'interdiction de la torture; 9) les expériences illégales sur l'être humain; 10) la piraterie; 11) le détournement d'avions et les infractions connexes; 12) les crimes contre la sûreté de la navigation maritime internationale; 13) l'utilisation de la force contre des personnes jouissant d'une protection internationale; 14) la prise d'otages civils; 15) la criminalité liée à la drogue; 16) le trafic international de publications obscènes; 17) la protection des trésors nationaux et archéologiques; 18) la protection de l'environnement; 19) le vol de matières nucléaires; 20) l'utilisation illégale des services postaux; 21) les dommages aux câbles sous-marins; 22) la fausse monnaie; 23) la corruption dans le commerce international; 24) le recours aux mercenaires[37].

Cette liste, qui cherchait à couvrir toutes les catégories de traités pertinents, n'est plus exhaustive puisqu'elle ne comprend pas les traités antiterroristes les plus récents ni les conventions sur la répression de divers crimes internationaux ou transnationaux[38].

37. On trouve un autre inventaire de traités internationaux fixant la compétence universelle ou l'obligation *aut dedere aut judicare* dans la note d'Amnesty International que nous avons déjà citée. Il comprend 21 conventions conclues entre 1929 et 2000, que les auteurs de la note jugent les plus représentatives de la figure de la compétence universelle et de celle de l'obligation *aut dedere aut judicare*. Il s'agit des instruments suivants[39]:

1) Convention internationale pour la répression du faux monnayage; 2) Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux; 3) Convention sur la haute mer; 4) Convention unique sur les stupéfiants de 1961; 5) Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs; 6) Convention sur les substances psychotropes; 7) Convention pour la répression des actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile; 8) Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961; 9) Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid; 10) Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques; 11) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I); 12) Convention internationale contre la prise d'otages; 13) Convention sur la protection physique des matières nucléaires; 14) Convention des Nations Unies sur le droit de la mer; 15) Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; 16) Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime; 17) Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires; 18) Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé; 19) Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif; 20) Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme; et 21) Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.

38. Il semble que la pratique actuelle des traités, sensiblement enrichie ces dernières décennies entre autres par les diverses conventions de lutte contre le terrorisme et les autres crimes qui menacent la communauté internationale, fournit déjà un éclairage suffisant pour déterminer dans quelle mesure l'obligation d'extrader ou de poursuivre, si importante pour la politique pénale internationale, est devenue une obligation juridique concrète.

39. De plus, plusieurs traités (par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) obligent les États parties à adopter des mesures d'application du principe *aut dedere aut judicare*, de sorte que l'État qui n'ordonne pas l'extradition est obligé de poursuivre lui-même. En droit international humanitaire aussi, les États ont l'obligation de rechercher et de poursuivre ceux que l'on présume responsables d'infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et au Protocole I, ou qui sont autrement responsables de crimes de guerre, et de les juger eux-mêmes ou de les extrader pour qu'ils soient jugés dans un autre État. Les États doivent donc se doter de mécanismes d'application effective et, de manière plus générale, instituer avec d'autres États un cadre efficace d'entraide judiciaire dans ce domaine.

---

[36] Voir Bassiouni et Wise, op. cit., p. 75 à 302; voir également Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 953 et 954.

[37] Bassiouni et Wise, op. cit., p. 73.

[38] Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et les Protocoles y relatifs, ou la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire. Voir également la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, dont l'article 18 explique l'obligation d'«[e]xtrader ou poursuivre», qui, sans traiter directement des actes terroristes, porte sur les infractions qui sont liées au terrorisme.

[39] Voir Amnesty International, op. cit., chap. 15, p. 18.

### B. Coutume internationale et principes généraux du droit

40. Un des problèmes centraux que la Commission doit résoudre pour développer les principes concernant l'obligation d'extrader ou de poursuivre consistera très vraisemblablement à trouver une réponse généralement acceptable à la question de savoir si la source juridique de l'obligation d'extrader ou de poursuivre doit être limitée aux traités qui sont contraignants pour les États concernés, ou être élargie aux règles coutumières et aux principes généraux du droit. Il n'y a pas unanimité sur ce point parmi les auteurs, encore qu'ils soient de plus en plus nombreux à se joindre au courant de pensée qui voit 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, en tout cas en ce qui concerne certaines catégories de crimes[40].

41. Certains auteurs essaient de prouver l'existence de ces règles coutumières en s'appuyant sur la pratique générale découlant des traités:

> [O]n peut raisonnablement affirmer que si un État a signé et ratifié un certain nombre de traités contenant la formule *aut dedere aut judicare*, cet État démontre par sa pratique que le principe *aut dedere aut judicare* est bien une règle coutumière. En signant des accords internationaux connexes, l'État explicite le fait qu'il croit que *aut dedere aut judicare* est une norme acceptée et qu'elle est la façon la plus efficace de prévenir certains comportements. Cette opinion de l'État répond à la condition de l'*opinio juris* qui préside à la création des normes coutumières. Si un État adhère à un grand nombre de traités internationaux qui consacrent tous, sous une forme ou sous une autre, le principe *aut dedere aut judicare*, c'est la preuve qu'il a l'intention de se lier par cette disposition généralisable et que cette pratique doit conduire à consacrer ce principe en droit coutumier. En acceptant la formule *aut dedere aut judicare* dans de multiples traités qui touchent aux infractions internationales, un État fait savoir qu'il croit que, pour ces infractions internationales, la meilleure façon de faire respecter le droit est d'imposer une telle obligation[41].

42. Pour définir une fois pour toute la nature juridique de l'obligation *aut dedere aut judicare*, il est nécessaire d'évaluer de façon attentive et approfondie ses éventuels fondements coutumiers. La mesure dans laquelle cette définition doit se fonder soit sur la codification du droit international, soit sur son développement progressif, dépend pour une grande part de la possibilité de trouver des fondements solides dans les règles coutumières généralement acceptées.

### C. Législation nationale et pratique des États

43. Pour l'examen des sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, nous ne nous contenterons pas des sources traditionnelles du droit international, par exemple les traités internationaux et les règles coutumières, et étendrons notre analyse aux législations nationales et à la pratique des États. Cette pratique est très abondante et mérite d'être examinée en détail. D'autre part, les législations nationales et la pratique des États en matière de compétence universelle, ainsi que l'application que les États font du principe *aut dedere aut judicare* au plan interne peuvent nous faire mieux comprendre comment aborder cette conception traditionnelle du principe à la lumière des conceptions modernes de la compétence universelle.

44. Pour ce qui est des législations internes, le droit de la plupart des États offre beaucoup d'exemples d'une compétence universelle ne se limitant pas aux crimes de droit international mais s'étendant aussi aux crimes ordinaires. Il y a près de deux siècles, l'Autriche est devenue, que l'on sache, le premier État à adopter une législation prévoyant la compétence universelle à l'égard de crimes ordinaires de droit national. Il n'est pas inutile de rappeler par exemple que le Code pénal autrichien, faisant suite à la législation de 1803, contient des dispositions qui sont le reflet du principe *aut dedere aut judicare* en relation avec la compétence universelle. D'abord, le paragraphe 64.1.6 prévoit que certains crimes réprimés par le droit autrichien et commis à l'extérieur peuvent être punis selon la loi pénale autrichienne, quel que soit le droit pénal applicable au lieu où le crime a été commis, dès lors que l'Autriche est tenue de les punir. Ensuite,

> le paragraphe 65.1.2 du Code pénal prévoit que les tribunaux peuvent exercer la compétence universelle à l'égard des infractions commises à l'extérieur: i) quand les actes considérés sont également répréhensibles au lieu où ils ont été commis (condition de la double criminalisation), ii) quand le suspect n'a pas la nationalité autrichienne et se trouve en Autriche et iii) quand le suspect ne peut être extradé vers l'autre État en cause pour des raisons indépendantes de la nature et des caractéristiques de l'infraction. Les crimes de droit international ne sont pas des infractions politiques[42].

45. L'Argentine était également parmi les premiers États à légiférer pour reconnaître la compétence universelle à l'égard de la plupart ou de la totalité des crimes réprimés par son Code pénal et imposer l'obligation *aut dedere aut judicare* à l'égard des étrangers se trouvant sur son territoire et soupçonnés d'avoir commis à l'étranger un crime de droit commun. L'article 5 du Code de l'extradition argentin adopté en 1885 se lit comme suit:

> Dans les cas où, selon la présente loi, le Gouvernement de la République n'est pas tenu de remettre les délinquants demandés, ceux-ci sont jugés par les tribunaux du pays et condamnés aux peines prévues par la loi pour les crimes et les infractions commis sur le territoire de la République[43].

46. Un autre exemple intéressant de pratique interne des États – bien qu'il n'apparaisse que bien des années plus tard – nous est donné par la réserve formulée par la Belgique le 27 septembre 2001 (réaffirmée le 17 mai 2004) à propos de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, dont le texte se lit comme suit:

---

[40] Voir Bassiouni et Wise, op. cit.; et Roht-Arriaza, «State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law», p. 466; les auteurs notent que les traités imposant l'obligation *aut dedere aut judicare*, qui visent des crimes internationaux et des crimes nationaux, semblent tendre de plus en plus en droit international à obliger les États à enquêter sur les infractions et à en poursuivre les auteurs. Voir également Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international: droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*; l'auteur constate une tendance à ériger le principe *aut dedere aut judicare* en règle de droit international coutumier en ce qui concerne certains crimes.

[41] Enache-Brown et Fried, «Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law», p. 629.

[42] Amnesty International, op. cit., chap. 6, p. 5 et 6.

[43] Ibid., chap. 4, p. 11.

[L]a Belgique rappelle qu'elle est tenue par le principe général de droit *aut dedere aut judicare*, eu égard aux règles de compétence de ses juridictions[44].

47. Pour résumer ce que nous venons de dire à titre préliminaire des sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, il semble évident que le grand courant de pensée concernant cette obligation traverse l'ensemble des normes et des pratiques du droit international. On ne peut oublier cependant que «les efforts tendant à optimiser les mécanismes normatifs fondés sur le principe *aut dedere aut judicare* peuvent être entrepris soit au niveau international, soit au niveau interne[45]». Il nous faut ici prendre en considération le Code pénal, le Code de procédure et même les règles constitutionnelles des États, au même titre que les normes et les pratiques juridiques internationales.

48. Eu égard à tout ce qui a été dit, le Rapporteur spécial est convaincu, à propos du plan d'étude préliminaire, que les sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre comprennent les principes généraux du droit, les législations nationales et les décisions de justice, et pas seulement les traités et les règles coutumières.

[44] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2261, n° A-38349, p. 270.

[45] Plachta, «*Aut dedere aut judicare*…», p. 332.

## Chapitre IV

## Étendue de l'obligation d'extrader ou de poursuivre

49. L'obligation d'extrader ou de poursuivre est une obligation alternative permettant à l'État de choisir quelle prestation il entend fournir. S'il fournit l'une des prestations de cette obligation alternative – *dedere* ou *judicare* – l'État n'a pas à fournir l'autre. On ne peut toutefois exclure qu'il puisse souhaiter fournir les deux prestations faisant l'objet de l'obligation en question. Par exemple, après avoir établi sa compétence et engagé des poursuites puis jugé et condamné l'auteur d'une infraction, il peut décider de l'extrader (ou de le livrer) à un autre État également habilité à établir sa compétence, afin que ce dernier exécute le jugement.

50. Les définitions de l'obligation sont sensiblement différentes dans les diverses conventions internationales énonçant le principe *aut dedere aut judicare*. Dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, le libellé utilisé est assez simple, qui dispose que l'État contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est découvert, «s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception et que l'infraction ait ou non été commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale[46]». L'obligation correspondante, énoncée dans la Convention des Nations Unies contre la corruption, est beaucoup plus élaborée:

> Un État partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'une infraction, s'il n'extrade pas cette personne au titre d'une infraction à laquelle s'applique le présent article au seul motif qu'elle est l'un de ses ressortissants, est tenu, à la demande de l'État partie requérant l'extradition, de soumettre l'affaire sans retard excessif à ses autorités compétentes aux fins de poursuites[47].

Le champ d'application de l'obligation est également élargi, la Convention disposant de plus, dans le même article:

> Les États parties intéressés coopèrent entre eux, notamment en matière de procédure et de preuve, afin d'assurer l'efficacité des poursuites[48].

[46] Voir *supra* le paragraphe 16.

[47] Art. 44, par. 11.

[48] Ibid. Voir également la résolution 58/4, en date du 31 octobre 2003, de l'Assemblée générale, annexe.

51. Bien que la Commission dans la disposition citée ci-dessus du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir paragraphe 24) ait reconnu l'existence de l'obligation en question, elle l'a fait exclusivement en relation avec un groupe d'infractions strictement limité et défini, décrites généralement comme constituant des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (à l'exclusion du «crime d'agression»). Quoiqu'il en soit, on peut s'appuyer sur cette reconnaissance pour examiner plus avant dans quelle mesure cette obligation peut s'étendre à d'autres types d'infraction.

52. De plus, il convient de noter que la Commission a introduit un troisième terme dans l'alternative, en envisageant la possibilité d'une compétence juridictionnelle parallèle, qui serait exercée non seulement par les États intéressés mais aussi par les instances pénales internationales. Il s'agit là d'un grand pas en avant dans le développement de l'obligation alternative traditionnelle qu'exprime le principe *aut dedere aut judicare*.

53. On peut trouver un des premiers exemples d'une telle «alternative à trois termes» dans la Convention pour la création d'une cour pénale internationale qui fut ouverte à la signature à Genève le 16 novembre 1937[49]. Cette cour devait connaître des infractions à la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme de la même date et en juger les auteurs[50]. Aux termes des dispositions de l'article 2 de la première de ces conventions, l'accusé pouvait être jugé par les juridictions nationales, extradé vers l'État qui demandait l'extradition, ou déféré à la cour pénale internationale. Malheureusement, ladite convention n'est jamais entrée en vigueur et la cour en question n'a jamais été créée.

54. La compétence supplétive de la Cour pénale internationale, créée en vertu du Statut de Rome, est bien

[49] Société des Nations, document C.547(1).M.384(1).1937.V, reproduit dans Nations Unies, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale* (Mémorandum du Secrétaire général) [numéro de vente: 1949.V.8], annexe 8. Voir également Hudson, *International Legislation: A Collection of the Texts of Multiple International Instruments of General Interest*, p. 878.

[50] Pour le texte de la Convention, voir Hudson, op. cit., p. 862.

connue. Ce Statut donne aux États le choix d'exercer leur compétence vis-à-vis de l'auteur d'une violation ou de remettre ce dernier à la Cour pénale internationale.

55. Par ailleurs, il existe d'ores et déjà, en ce qui concerne l'obligation en question, une pratique judiciaire qui en confirme l'existence en droit international contemporain. L'affaire *Lockerbie* jugée par la Cour internationale de Justice a produit un riche matériau dans ce domaine, en particulier dans les opinions dissidentes jointes par cinq juges aux décisions de la Cour de «ne pas exercer son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires» comme le demandait la Jamahiriya arabe libyenne[51]. Bien que la Cour elle-même ne se soit guère exprimée sur le principe en question, les juges dissidents ont confirmé dans leur opinion l'existence du «principe de droit international coutumier *aut dedere aut judicare*[52]», «droit qui est reconnu par le droit international et qui est même considéré par certains juristes comme relevant du *jus cogens*[53]». Bien que la Cour ne les ait pas retenues, ces opinions doivent être prises en considération lorsqu'on analyse l'évolution de l'obligation dans la pratique contemporaine.

[51] Deux décisions identiques ont été rendues concernant les questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (*Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni*), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, et ibid. (*Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique*), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 3 et 114 respectivement.

[52] Ibid., p. 51 et 161 (juge Weeramantry, opinion dissidente).

[53] Ibid, p. 82 et 187 (juge Ajibola, opinion dissidente).

56. Comme des auteurs l'ont fait observer à juste titre – et cette proposition devrait guider la poursuite des travaux de codification de la Commission,

> le principe *aut dedere aut judicare* ne doit pas être considéré comme une panacée dont l'application universelle permettrait de remédier à toutes les faiblesses et défaillances dont l'extradition souffre depuis longtemps.
>
> […]
>
> Pour que le principe *aut dedere aut judicare* devienne la règle universelle en matière d'extradition, il faut d'abord faire accepter l'idée que, premièrement, cette règle est devenue un élément indispensable pour réprimer la criminalité et traduire les criminels en justice sur le plan international et, deuxièmement, qu'il n'est pas tenable de continuer à en limiter l'application aux crimes internationaux (et seulement à certains d'entre eux), tels que les définissent les conventions internationales[54].

57. Étant donné ce qui précède, la Commission a décidé que le sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)» a atteint un niveau de maturité suffisant pour être codifié, avec l'inclusion éventuelle de certains éléments de développement progressif. Certains auteurs ont eux aussi souligné que l'obligation en question relevait dans une certaine mesure du développement progressif:

> La cristallisation d'une règle de droit coutumier qui obligerait les États à extrader ou poursuivre les personnes que l'on peut raisonnablement soupçonner de crimes internationaux devrait donc être encouragée[55].

[54] Plachta, «*Aut dedere aut judicare…*», p. 364.

[55] Broomhall, loc. cit., p. 406.

## Chapitre V

## Questions de méthode

58. Un travail poussé et exhaustif, comprenant des éléments internationaux et nationaux, est nécessaire pour identifier, en ce qui concerne l'obligation d'extrader ou de poursuivre, des règles juridiques que la communauté internationale soit prête à approuver et suivre, que ce soit en tant que normes obligatoires ou comme instrument de *soft law*.

59. Il semble prématuré à ce stade de décider si le résultat final des travaux de la Commission doit prendre la forme de projets d'article, de directive ou de recommandation. Le Rapporteur spécial essaiera néanmoins, dans ses rapports futurs, de formuler des projets de règle concernant le concept, la structure et l'application du principe *aut dedere aut judicare*, sans préjuger aucunement de la forme finale que pourront prendre les résultats des travaux. Il est néanmoins extrêmement important pour le Rapporteur spécial d'avoir l'opinion des autres membres de la Commission quant à cette forme.

60. La Commission pourrait adresser une demande écrite aux États membres, indiquant qu'elle souhaiterait que ceux-ci lui fournissent des informations sur leur pratique en la matière, en particulier leur pratique contemporaine, et qu'elle-même et le Rapporteur spécial accueilleraient avec satisfaction toutes autres informations que les États estiment relever du sujet. Ces informations devraient concerner, en particulier:

*a*) les traités internationaux énonçant l'obligation d'extrader ou de poursuivre par laquelle l'État est lié, et les réserves faites par l'État pour en limiter l'application;

*b*) les règles juridiques internes adoptées et appliquées par l'État, notamment les dispositions de la Constitution, du Code pénal et du Code de procédure pénale relatives à l'obligation d'extrader ou de poursuivre;

*c*) la pratique judiciaire de l'État en ce qui concerne l'étendue de l'application du principe de la compétence universelle et de l'obligation *aut dedere aut judicare*, ou de leur non-application;

*d*) les crimes ou infractions auxquels le principe de la compétence universelle et l'obligation *aut dedere aut judicare* s'appliquent dans la législation et la pratique de l'État;

*e*) les obstacles que l'État rencontre, aussi bien dans les instances internationales qu'au niveau national, dans l'application éventuelle:

i) de la compétence universelle;

ii) du principe *aut dedere aut judicare*.

CHAPITRE VI

## Plan d'action préliminaire

61. Compte tenu des observations préliminaires qui précèdent, les dix principaux points que la Commission doit examiner au départ pourraient être les suivants.

1. Premièrement, il est nécessaire de procéder à une analyse comparative complète des dispositions relatives à l'obligation qui figurent dans les conventions pertinentes et d'autres instruments internationaux, en procédant à un recensement systématique des similitudes et des différences. Bien qu'il y ait eu des tentatives pour collecter et systématiser ces instruments internationaux, l'actualisation des informations en question pour la poursuite des travaux de la Commission peut être d'une importance capitale.

2. L'analyse susvisée devrait comprendre un exposé de l'évolution et du développement de l'obligation – de la «formule de Grotius» à l'«alternative à trois termes»:

*a*) extrader ou punir;

*b*) extrader ou poursuivre;

*c*) extrader ou poursuivre ou livrer à une juridiction internationale.

3. Deuxièmement, puisque le principe *aut dedere aut judicare* semble avoir été incorporé dans de nombreux droits internes, il est nécessaire de procéder à un autre recensement systématique, à savoir celui des dispositions juridiques élaborées et adoptées dans ce domaine par les États, ainsi que de la pratique relative à leur application. Les similitudes et les différences existant entre ces droits et pratiques internes devraient être recensées, ainsi que l'impact éventuel des normes internationales sur les droits internes (et vice versa).

4. La troisième étape importante, compte tenu de ce qui a déjà été dit au sujet des sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, consisterait à déterminer la place qu'occupe effectivement l'obligation en droit international contemporain:

*a*) soit qu'elle découle exclusivement des traités internationaux;

*b*) soit qu'elle a également sa source dans des normes coutumières – en tenant alors compte des conséquences éventuelles de ce caractère coutumier.

Il est également possible que l'obligation en question ait un caractère mixte, si, par exemple, *dedere* découle d'engagements conventionnels et *judicare* de normes coutumières (ou vice versa).

5. La quatrième tâche initiale consistera à définir aussi précisément que possible la relation entre le principe de la compétence universelle et l'obligation *aut dedere aut judicare* et leur interdépendance.

6. L'un des facteurs les plus décisifs est la mesure dans laquelle l'obligation s'applique:

*a*) à toutes les infractions par lesquelles un autre État est particulièrement lésé (Grotius); ou

*b*) à une ou plusieurs catégories limitées d'infractions (par exemple aux «crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité», ou aux «infractions internationales», ou aux «crimes de droit international», ou aux «crimes de droit interne intéressant la communauté internationale», etc.).

Il serait extrêmement important de déterminer les critères à utiliser pour qualifier les infractions en question.

7. Le contenu de l'obligation devrait être identifié et analysé, eu égard à sa complexité et à son caractère alternatif:

*a*) obligations à la charge des États (*dedere* ou *judicare*):

i) extradition: conditions et exceptions,

ii) juridiction: fondements; et

*b*) droits des États (en cas d'application ou de non-application de l'obligation).

La Commission doit décider dans quelle mesure *dedere* et *judicare* doivent être considérés comme des obligations alternatives à la charge des États et quand ils doivent être considérés comme des droits ou des compétences des États.

8. La relation existant entre l'obligation et les autres règles relatives aux compétences juridictionnelles de l'État en matière pénale devrait être examinée par la Commission dans le cadre de son analyse, les questions ci-après devant notamment être traitées:

*a*) approche «axée sur l'infraction» (par exemple, article 9 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[56], article 7 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs);

*b*) approche «axée sur l'auteur de l'infraction» (par exemple, article 6, paragraphe 2, de la Convention européenne d'extradition);

*c*) principe de la compétence juridictionnelle universelle:

i) telle qu'exercée par les États,

ii) telle qu'exercée par les juridictions internationales.

9. Il faudrait définir le caractère juridique des obligations particulières qui découlent en droit international de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, en accordant une attention spéciale aux points suivants:

[56] Voir *supra* le paragraphe 24.

*a*) l’égalité des obligations alternatives (extrader ou poursuivre), ou la primauté de l’une d’entre elles (hiérarchie des obligations);

*b*) les limitations ou exclusions éventuelles dans l’exécution des obligations alternatives (par exemple, non-extradition par l’État de ses nationaux, exception concernant les infractions politiques, limitations découlant de la protection des droits de l’homme, etc.);

*c*) l’incidence éventuelle de ces limitations et exclusions sur un autre type d’obligation (par exemple, incidence des exceptions à l’extradition sur les poursuites exercées à titre alternatif);

*d*) l’obligation, règle de fond, règle procédurale ou règle mixte;

*e*) le rang de l’obligation dans la hiérarchie des normes du droit international:

i) règle secondaire,

ii) règle primaire,

iii) norme de *jus cogens* (?).

10. La relation entre l’obligation et d’autres principes du droit international (par exemple, la souveraineté des États, la protection des droits de l’homme, la répression universelle de certains crimes, etc.), ainsi que l’impact de ces principes sur l’application de l’obligation doivent aussi être pris en considération par la Commission.

## *Annexe*

# BIBLIOGRAPHIE INTRODUCTIVE

## (Ouvrages non cités dans le présent rapport)


CASSESE, Antonio

*International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

COSTELLO, Declan

«International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*», *Journal of International Law and Economics*, vol. 10 (1975), p. 483 à 501.

GOODWIN-GILL, Guy S.

«Crime in international law: obligations *erga omnes* and the duty to prosecute», dans Guy S. Goodwin-Gill et Stefan Talmon (dir. publ.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 199 à 223.

GUILLAUME, Gilbert

«Terrorism and international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, partie 3 (juillet 2004), p. 537 à 548.

KELLY, Michael J.

«Cheating justice by cheating death: the doctrinal collision for prosecuting foreign terrorists: passage of *aut dedere aut judicare* into customary law & refusal to extradite based on the death penalty», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 20, nº 3 (2003), p. 491 à 532.

PLACHTA, Michael

«Extradition and the principle *aut dedere aut judicare* in the new Polish legislation», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, nº 2 (1998), p. 94 à 105.

STRAPATSAS, Nicolaos

«Universal Jurisdiction and the International Criminal Court», *Manitoba Law Journal*, vol. 29, nº 1 (2002), p. 1 à 31.

SUNGA, Lyal S.

*The Emerging System of International Criminal Law: Developments in Codification and Implementation*, La Haye, Kluwer, 1997.

WERLE, Gerhard

*Principles of International Criminal Law*, La Haye, TMC Asser Press, 2005.

WISE, Edward M.

«Extradition: the hypothesis of a *civitas maxima* and the maxim *aut dedere aut judicare*», *International Review of Penal Law*, vol. 62 (1991), p. 109 à 134.

«The obligation to extradite or prosecute», *Israel Law Review*, vol. 27 (1993), p. 268 à 287.

# RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA CINQUANTE-HUITIÈME SESSION

| *Cotes des documents* | *Titres* | *Observations et références* |
|---|---|---|
| A/CN.4/559 | Ordre du jour provisoire | Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie). |
| A/CN.4/560 | Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixantième session | Reprographié. |
| A/CN.4/561 et Add.1 et 2 | Protection diplomatique. Commentaires et observations des gouvernements | Reproduit dans le présent volume. |
| A/CN.4/562 et Add.1 | 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). Commentaires et observations reçus des gouvernements | Idem. |
| A/CN.4/563 et Add.1 | Nomination à des sièges devenus vacants après élection. Note du Secrétariat | A/CN.4/563, reproduit dans le présent volume. A/CN.4/563/Add.1, reprographié. |
| A/CN.4/564 et Add.1 et 2 | Quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, par M. Giorgio Gaja, Rapporteur spécial | Reproduit dans le présent volume. |
| A/CN.4/565 [et Corr.1] | Expulsion des étrangers. Étude du Secrétariat | Reprographié. Disponible sur le site Web de la Commission. |
| A/CN.4/566 | Troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Rapporteur spécial | Reproduit dans le présent volume. |
| A/CN.4/567 | Septième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, Rapporteur spécial | Idem. |
| A/CN.4/568 et Add.1 | Responsabilité des organisations internationales. Commentaires et observations reçus d'organisations internationales | Idem. |
| A/CN.4/569 et Add.1 | Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États, par M. Víctor Rodríguez Cedeño, Rapporteur spécial | Idem. |
| A/CN.4/570 | Deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, par M. Ian Brownlie, Rapporteur spécial | Idem. |
| A/CN.4/571 | Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), par M. Zdzislaw Galicki, Rapporteur spécial | Idem. |
| A/CN.4/572 [et Corr.1] | Les réserves aux traités. Note sur le projet de directive 3.1.5 (Définition de l'objet et du but du traité), par M. Alain Pellet, Rapporteur spécial | Idem. |
| A/CN.4/573 [et Corr.1] | Deuxième rapport sur l'expulsion des étrangers, par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial | Idem. |
| A/CN.4/574 | Onzième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, Rapporteur spécial | Idem. |
| A/CN.4/575 | Protection diplomatique. Commentaires et observations reçus des gouvernements | Idem. |
| A/CN.4/L.682 [et Corr.1] et Add.1 | Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Rapport du Groupe d'étude de la Commission établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi | Reprographié. Disponible sur le site Web de la Commission. Le texte définitif sera publié en tant qu'annexe au présent volume. |
| A/CN.4/L.683 | Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées (eaux souterraines). Rapport du Groupe de travail | Reprographié. |

| *Cotes des documents* | *Titres* | *Observations et références* |
|---|---|---|
| A/CN.4/L.684 [et Corr.1 et 2] | Protection diplomatique. Titres et textes des projets d'article sur la protection diplomatique adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture | Reproduit dans *Annuaire… 2006*, vol. I, compte rendu analytique de la 2881e séance (par. 1). |
| A/CN.4/L.685 [et Corr.1] | Les réserves aux traités. Intitulés et textes des projets de directive adoptés par le Comité de rédaction | Reproduit dans *Annuaire… 2006*, vol. I, compte rendu analytique de la 2883e séance (par. 1). |
| A/CN.4/L.686 | 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). Titre et texte du préambule et des projets de principe relatifs à la répartition des pertes découlant d'activités dangereuses adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture | Reproduit dans *Annuaire… 2006*, vol. I, compte rendu analytique de la 2882e séance (par. 1). |
| A/CN.4/L.687 et Add.1 [et Corr.1] | Responsabilité des organisations internationales. Titres et textes des projets d'article adoptés par le Comité de rédaction | Reproduit dans *Annuaire… 2006*, vol. I, comptes rendus analytiques des 2884e, 2891e et 2902e séances. |
| A/CN.4/L.688 [et Corr.1] | Ressources naturelles partagées. Titres et textes des projets d'article adoptés par le Comité de rédaction en première lecture | Reproduit dans *Annuaire… 2006*, vol. I, compte rendu analytique de la 2885e séance (par. 1). |
| A/CN.4/L.689 | Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session: chapitre I (Introduction) | Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément no 10* (A/61/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie). |
| A/CN.4/L.690 | Idem: chapitre II (Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-huitième session) | Idem. |
| A/CN.4/L.691 | Idem: chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission) | Idem. |
| A/CN.4/L.692 et Add.1 | Idem: chapitre IV (Protection diplomatique) | Idem. |
| A/CN.4/L.693 et Add.1 | Idem: chapitre V [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)] | Idem. |
| A/CN.4/L.694 et Add.1 [et Corr.1] | Idem: chapitre VI (Ressources naturelles partagées) | Idem. |
| A/CN.4/L.695 [et Corr.1] et Add.1 [et Corr.1] et 2 | Idem: chapitre VII (Responsabilité des organisations internationales) | Idem. |
| A/CN.4/L.696 [et Corr.1] et Add.1 à 3 | Idem: chapitre VIII (Les réserves aux traités) | Idem. |
| A/CN.4/L.697 et Add.1 [et Corr.1] et 2 | Idem: chapitre IX (Actes unilatéraux des États) | Idem. |
| A/CN.4/L.698 | Idem: chapitre X (Effets des conflits armés sur les traités) | Idem. |
| A/CN.4/L.699 | Idem: chapitre XI [L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)] | Idem. |
| A/CN.4/L.700 | Idem: chapitre XII (Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international) | Idem. |
| A/CN.4/L.701 et Add.1 | Idem: chapitre XIII (Autres décisions et conclusions de la Commission) | Idem. |

| *Cotes des documents* | *Titres* | *Observations et références* |
|---|---|---|
| A/CN.4/L.702 | Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Rapport du Groupe d'étude de la Commission | Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), par. 241 à 251. |
| A/CN.4/L.703 | Actes unilatéraux des États. Rapport du Groupe de travail: conclusions de la Commission | Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), par. 176. |
| A/CN.4/L.704 | Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission. Rapport du Groupe de planification | Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), par. 253 à 270. |
| A/CN.4/SR.2867 à SR.2913 | Comptes rendus analytiques provisoires des 2867e à 2913e séances | Idem. Le texte définitif figure dans *Annuaire… 2006*, vol. I. |

United Nations publication
Sales No. F.11.V.12
ISSN 0497-9877

ISBN 978-92-1-233527-8

Printed at United Nations, Geneva – 1606646 **(F)** – June 2016 – 177