



Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

Cinquante-deuxième session

**1er mai - 9 juin
et 10 juillet - 18 août 2000**

Assemblée générale
Documents officiels • Cinquante-cinquième session
Supplément No 10 (A/55/10)

Rapport de la Commission du droit international

Cinquante-deuxième session

**1er mai - 9 juin
et 10 juillet - 18 août 2000**

**Assemblée générale
Documents officiels • Cinquante-cinquième session
Supplément No 10 (A/55/10)**



Nations Unies • New York, 2000

Nations Unies Rapport de la Commission du droit international

Supplément No 10 (A/55/10)



NOTE

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

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

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 2000.

TABLE DES MATIÈRES

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION.....	1 - 12	1
A. Membres de la Commission.....	2 - 3	1
B. Membres du Bureau élargi.....	4 - 6	2
C. Comité de rédaction	7 - 8	2
D. Groupes de travail	9 - 10	3
a) Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)		
b) Actes unilatéraux des États		
E. Secrétariat	11	3
F. Ordre du jour	12	3
II. RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA CINQUANTE-DEUXIÈME SESSION	13 - 21	5
III. POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION	22 - 27	8
A. Responsabilité des États.....	23	8
B. Protection diplomatique	24	8
C. Actes unilatéraux des États	25	9
D. Réserves aux traités.....	26	9
E. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses).....	27	9

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
IV. RESPONSABILITÉ DES ÉTATS	28 - 405	10
A. Introduction.....	28 - 43	10
B. Examen du sujet à la présente session	44 - 405	14
1. Présentation par le Rapporteur spécial des questions d'ordre général se rapportant au projet d'articles	47 - 57	15
a) Étapes de l'achèvement de l'examen en deuxième lecture du projet d'articles	47	15
b) Questions se rapportant à la première partie laissées en suspens	48	15
c) Considérations générales concernant les articles de la deuxième partie tels qu'adoptés en première lecture	49 - 51	15
i) Le champ d'application de la deuxième partie par rapport à celui de la première partie	49	15
ii) Titre	50	16
iii) Formulation des projets d'articles	51	16
d) Restructuration des sections du projet d'articles restant à traiter	52 - 57	14
2. Résumé du débat sur les questions d'ordre général	58 - 70	17
a) Étapes de l'achèvement de l'examen en deuxième lecture du projet d'articles	59	17
b) La distinction entre règles primaires et règles secondaires.....	60	18
c) Application du régime de la responsabilité des États à toutes les obligations internationales des États.....	61	18

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
d) Le champ d'application du projet d'articles.....	62	18
e) Considérations générales concernant la deuxième partie	63 - 65	19
i) Question de l'élaboration de dispositions détaillées et spécifiques	63	19
ii) Titre	64	19
iii) Formulation des projets d'articles	65	20
f) L'économie des projets d'articles.....	66 - 70	20
3. Conclusions du Rapporteur spécial concernant le débat sur les questions d'ordre général	71 - 73	21
4. Présentation par le Rapporteur spécial de la deuxième partie intitulée "Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État"	74 - 81	22
Chapitre premier. Principes généraux		
a) Disposition liminaire précisant le contenu de la responsabilité internationale (article 36)	74	22
b) Le principe général de la cessation (article 36 <i>bis</i>)	75 - 76	22
c) Assurances et garanties de non-répétition (suite de l'article 36 <i>bis</i>)	77	23
d) Le principe général de la réparation (article 37 bis et paragraphes 3 et 4 de l'article 42).....	78 - 79	23
e) Autres conséquences juridiques découlant du droit international coutumier (article 38)	80 - 81	25

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
5. Résumé du débat sur la deuxième partie	82 - 106	26
Chapitre premier. Principes généraux		
a) Disposition liminaire précisant le contenu de la responsabilité internationale (article 36)	82	26
b) Le principe général de la cessation (article 36 <i>bis</i>)	83 - 86	26
c) Assurances et garanties de non-répétition (suite de l'article 36 <i>bis</i>)	87 - 91	27
d) Le principe général de la réparation (article 37 <i>bis</i> et paragraphes 3 et 4 de l'article 42)	92 - 102	28
e) Autres conséquences juridiques découlant 31 droit international coutumier (article 38)	103 - 106	31
6. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre premier	107 - 113	32
7. Présentation par le Rapporteur spécial de la question du droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État (article 40 <i>bis</i>)	114 - 118	34
8. Résumé du débat sur la question du droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État (article 40 <i>bis</i>)	119 - 146	36
a) Remarques générales	119 - 131	36
i) Définition de l'État lésé	121	37
ii) Obligations <i>erga omnes</i>	122 - 123	37
iii) La référence à la communauté internationale	124 - 127	38
iv) La question de l'article 19	128	38
v) La structure de l'article 40 <i>bis</i>	129 - 130	39
vi) La place de l'article 40 <i>bis</i>	131	39

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
b) Intitulé de l'article 40 <i>bis</i>	132	40
c) Paragraphe 1	133 - 139	40
i) Paragraphe 1 a)	137	41
ii) Paragraphe 1 b)	138 - 139	41
d) Paragraphe 2	140 - 142	41
e) Paragraphe 3	143 - 146	42
9. Conclusions du Rapporteur spécial sur le débat sur le droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État (article 40 <i>bis</i>)	147 - 150	43
10. Présentation par le Rapporteur spécial de la deuxième partie, intitulée "Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État" (<i>suite</i>)	151 - 164	44
Chapitre II. Les formes de la réparation		
a) Considérations générales sur le chapitre II	151	44
b) La restitution (article 43)	152	44
c) L'indemnisation (article 44)	153	45
d) La satisfaction (article 45)	154 - 160	46
e) Les intérêts (article 45 <i>bis</i>)	161	48
f) L'atténuation de la responsabilité (article 46 <i>bis</i>)	162 - 164	49
11. Résumé des débats sur la deuxième partie (<i>suite</i>)	165 - 226	50
Chapitre II. Les formes de la réparation		
a) Considérations générales sur le chapitre II	165 - 169	50
b) La restitution (article 43)	170 - 187	51
c) L'indemnisation (article 44)	188 - 197	54

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
d) La satisfaction (article 45).....	198 - 220	57
e) Les intérêts (article 45 <i>bis</i>).....	221 - 222	61
f) L'atténuation de la responsabilité (article 46 <i>bis</i>)	223 - 226	62
12. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre II	227 - 241	62
13. Présentation par le Rapporteur spécial de la deuxième partie <i>bis</i> : Mise en œuvre de la responsabilité des États	242 - 254	65
Chapitre premier. Invocation de la responsabilité d'un État		
a) Observations générales sur la deuxième partie <i>bis</i>	242 - 243	65
b) Le droit d'invoquer la responsabilité d'un État (article 40 <i>bis</i>)	244	65
c) Invocation de la responsabilité par un État lésé (article 46 <i>ter</i>)	245 - 246	66
d) Perte du droit d'invoquer la responsabilité (article 46 <i>quater</i>).....	247 - 248	67
e) Pluralité d'États lésés (article 46 <i>quinquies</i>)	249 - 250	68
f) Pluralité d'États responsables du même fait internationalement illicite (article 46 <i>sexies</i>)	251 - 254	69
14. Résumé du débat sur la deuxième partie <i>bis</i>	255 - 280	70
Chapitre premier. Invocation de la responsabilité d'un État		
a) Le droit d'invoquer la responsabilité d'un État (article 40 <i>bis</i>)	255	70
b) Invocation de la responsabilité par un État lésé (article 46 <i>ter</i>).....	256 - 267	70

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
c) Perte du droit d'invoquer la responsabilité (article 46 <i>quater</i>).....	268 - 271	73
d) Pluralité d'États lésés (article 46 <i>quinquies</i>)	272 - 274	74
e) Pluralité d'États responsables du même fait internationalement illicite (article 46 <i>sexies</i>)	275 - 280	75
15. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre premier	281 - 289	76
16. Présentation de la deuxième partie <i>bis</i> par le Rapporteur spécial : Mise en œuvre de la responsabilité des États (<i>suite</i>).....	290 - 306	78
Chapitre II. Contre-mesures		
a) Observations générales sur les contre-mesures.....	290 - 293	78
b) Les contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité (article 30).....	294	79
c) Objet et contenu des contre-mesures (article 47)	295 - 298	79
d) Obligations non soumises à des contre-mesures et contre-mesures interdites (articles 47 <i>bis</i> et 50).....	299 - 302	81
e) Conditions du recours à des contre-mesures (article 48)	303 - 304	82
f) Proportionnalité (article 49)	305	84
g) Suspension et cessation des contre-mesures (article 50 <i>bis</i>)	306	84

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
17. Résumé des débats relatifs à la deuxième partie <i>bis</i> (suite)	307 - 337	85
Chapitre II. Contre-mesures		
a) Observations générales sur les contre-mesures	307 - 314	85
b) Les contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité (article 30)	315	87
c) Objet et contenu des contre-mesures (article 47)	316 - 319	87
d) Obligations non soumises à des contre-mesures et contre-mesures interdites (articles 47 <i>bis</i> et 50)	320 - 327	88
e) Conditions du recours à des contre-mesures (article 48)	328 - 332	89
f) Proportionnalité (article 49)	333 - 334	91
g) Suspension et cessation des contre-mesures (article 50 <i>bis</i>)	335 - 337	91
18. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre II	338 - 345	91
19. Présentation par le Rapporteur spécial de la question de l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale	346 - 358	92
a) Considérations générales	346 - 354	92
b) Contre-mesures collectives (articles 50A et 50B)	355 - 357	95
c) Conséquences des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (article 51)	358	97

TABLE DES MATIÈRES *(suite)*

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
20. Résumé du débat sur l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale.....	359 - 383	98
a) Considérations générales.....	359 - 363	98
b) Contre-mesures collectives (articles 50A et 50B).....	364 - 373	99
c) Conséquences des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (article 51).....	374 - 383	102
21. Conclusions du Rapporteur spécial sur le débat relatif à l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale	384 - 389	104
22. Présentation par le Rapporteur spécial des dispositions générales (quatrième partie)	390 - 394	105
a) Dispositions particulières prévues par d'autres règles applicables (article 37)	390	105
b) Responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci (article A)	391	106
c) Règles déterminant le contenu d'une obligation internationale (article B)	392	106
d) Relation avec la Charte des Nations Unies (article 39)	393	107
e) Autres clauses de sauvegarde.....	394	107
23. Résumé du débat sur les dispositions générales (quatrième partie)	395 - 401	107
a) Dispositions particulières prévues par d'autres règles applicables (article 37)	395	107
b) Responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci (article A)	396	108

TABLE DES MATIÈRES *(suite)*

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
c) Règles déterminant le contenu d'une obligation internationale (article B) d) Relation avec la Charte des Nations Unies (article 39) e) Autres clauses de sauvegarde.....	397 398 - 399 400 - 401	108 108 108
24. Conclusions du Rapporteur spécial sur les dispositions générales (quatrième partie)	402 - 405	108
Appendice. Projets d'articles provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en seconde lecture		
V. PROTECTION DIPLOMATIQUE.....	406 - 495	127
A. Introduction.....	406 - 410	127
B. Examen du sujet à la présente session	411 - 495	128
1. Aperçu général de l'approche du sujet.....	414 - 418	128
2. Article premier.....	419 - 429	129
a) Présentation par le Rapporteur spécial.....	419 - 420	129
b) Résumé du débat	421 - 427	130
c) Conclusions du Rapporteur spécial.....	428 - 429	132
3. Article 2	430 - 439	133
a) Présentation par le Rapporteur spécial.....	430 - 432	133
b) Résumé du débat	433 - 438	133
c) Conclusions du Rapporteur spécial.....	439	136
4. Article 3	440 - 446	136
a) Présentation par le Rapporteur spécial.....	440 - 443	136
b) Résumé du débat	444 - 445	137
c) Conclusions du Rapporteur spécial.....	446	138

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
5. Article 4	447 - 456	139
a) Présentation par le Rapporteur spécial	447 - 449	139
b) Résumé du débat	450 - 455	140
c) Conclusions du Rapporteur spécial	456	141
6. Article 5	457 - 471	142
a) Présentation par le Rapporteur spécial	457 - 458	142
b) Résumé du débat	459 - 470	143
c) Conclusions du Rapporteur spécial	471	146
7. Article 6	472 - 480	147
a) Présentation par le Rapporteur spécial	472	147
b) Résumé du débat	473 - 479	148
c) Conclusions du Rapporteur spécial	480	149
8. Article 7	481 - 485	150
a) Présentation par le Rapporteur spécial	481	150
b) Résumé du débat	482 - 484	150
c) Conclusions du Rapporteur spécial	485	151
9. Article 8	486 - 494	151
a) Présentation par le Rapporteur spécial	486	151
b) Résumé du débat	487 - 493	152
c) Conclusions du Rapporteur spécial	494	154
10. Rapport sur les consultations officieuses	495	154

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
VI. ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS.....	496 - 622	157
A. Introduction.....	496 - 506	157
B. Examen du sujet à la présente session	507 - 622	158
1. Documents dont la Commission était saisie et séances consacrées à l'examen du sujet	507 - 509	158
2. Présentation par le Rapporteur spécial de son troisième rapport	510 - 528	159
3. Résumé du débat.....	529 - 603	166
4. Conclusions du Rapporteur spécial	604 - 619	181
5. Création du Groupe de travail	620 - 622	183
VII. LES RÉSERVES AUX TRAITÉS.....	623 - 663	185
A. Introduction.....	623 - 634	185
B. Examen du sujet à la présente session	635 - 661	188
1. Première partie du cinquième rapport	635 - 637	188
2. Deuxième partie du cinquième rapport	638 - 661	188
C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés à titre provisoire par la Commission en première lecture.....	662 - 663	197
1. Texte des projets de directives.....	662	197
2. Texte des projets de directives adoptés à la cinquante-deuxième session de la Commission et commentaires y afférents	663	204
1.1.8 Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion		

Commentaire

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative		
Commentaire		
1.4.7 [1.4.8] Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité		
Commentaire		
1.7 Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives		
Commentaire		
1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternatives aux réserves		
Commentaire		
1.7.2 [1.7.5] Alternatives aux déclarations interprétatives		
Commentaire		
VIII. RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIAIBLES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL (PRÉVENTION DES DOMMAGES TRANSFRONTIÈRES RÉSULTANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES)	664 - 721	259
A. Introduction.....	664 - 671	259
B. Examen du sujet à la présente session	672 - 721	260
1. Présentation de son troisième rapport par le Rapporteur spécial	675 - 691	260
2. Résumé du débat.....	692 - 714	263
3. Conclusions du Rapporteur spécial	715 - 721	265

TABLE DES MATIÈRES *(suite)*

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
IX. AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION	722 - 758	275
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	722 - 735	275
1. Programme de travail à long terme.....	726 - 733	277
2. Durée, structure et lieu des sessions à venir de la Commission	734 - 735	278
B. Date et lieu de la cinquante-troisième session	736	278
C. Coopération avec d'autres organes.....	737 - 741	278
D. Représentation à la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale.....	742 - 743	279
E. Séminaire de droit international.....	744 - 756	279
F. Conférence commémorative Gilberto Amado	757 - 758	282
Annexe Plans d'étude des sujets qu'il est recommandé d'inscrire au programme de travail à long terme de la Commission		283

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

1. La Commission du droit international a tenu sa cinquante-deuxième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 1er mai au 9 juin 2000 pour la première partie de session et du 10 juillet au 18 août 2000 pour la seconde partie de session.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants :

M. Emmanuel Akwei Addo (Ghana)
M. Husain Al-Baharna (Bahreïn)
M. Joao Clemente Baena Soares (Brésil)
M. Ian Brownlie (Royaume-Uni)
M. Enrique J. A. Candioti (Argentine)
M. James Richard Crawford (Australie)
M. Christopher John Robert Dugard (Afrique du Sud)
M. Constantin P. Economides (Grèce)
M. Nabil Elaraby (Égypte)
M. Giorgio Gaja (Italie)
M. Zdzislaw Galicki (Pologne)
M. Raul Ilustre Goco (Philippines)
M. Gerhard Hafner (Autriche)
M. Qizhi He (Chine)
M. Mauricio Herdocia Sacasa (Nicaragua)
M. Kamil E. Idris (Soudan)
M. Jorge E. Illueca (Panama)
M. Peter C. R. Kabatsi (Ouganda)
M. Maurice Kamto (Cameroun)
M. James Lutabanzibwa Kateka (République-Unie de Tanzanie)
M. Mochtar Kusuma-Atmadja (Indonésie)
M. Igor Ivanovich Lukashuk (Fédération de Russie)
M. Teodor Viorel Melescanu (Roumanie)
M. Djamchid Momtaz (République islamique d'Iran)
M. Didier Opertti-Badan (Uruguay)
M. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabon)
M. Alain Pellet (France)
M. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Inde)
M. Victor Rodríguez-Cedeño (Venezuela)
M. Robert Rosenstock (États-Unis d'Amérique)
M. Bernardo Sepúlveda (Mexique)
M. Bruno Simma (Allemagne)
M. Peter Tomka (Slovaquie)
M. Chusei Yamada (Japon).

3. À sa 2612ème séance, le 1er mai 2000, la Commission a élu M. Kamil E. Idris (Soudan) et M. Djamchid Momtaz (République islamique d'Iran) pour pourvoir les deux sièges devenus vacants à la Commission à la suite du décès de M. Doudou Thiam et de l'élection de M. Awn Al-Khasawneh à la Cour internationale de Justice.

B. Membres du Bureau élargi

4. À sa 2612ème séance, le 1er mai 2000, la Commission a élu le Bureau suivant :

Président :	M. Chusei Yamada
Premier Vice-Président :	M. Maurice Kamto
Deuxième Vice-Président :	M. Peter Tomka
Président du Comité de rédaction :	M. Giorgio Gaja
Rapporteur :	M. Victor Rodríguez-Cedeño.

5. Le Bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, des anciens présidents de la Commission¹ et des rapporteurs spéciaux².

6. Sur la recommandation du Bureau élargi, la Commission a établi un Groupe de planification composé des membres suivants : M. M. Kamto (Président), M. J. C. Baena Soares, M. C. P. Economides, M. Z. Galicki, M. R. I. Goco, M. G. Hafner, M. J. E. Illueca, M. J. L. Kateka, M. M. Kusuma-Atmadja, M. D. Momtaz, M. D. Opertti-Badan, M. G. Pambou-Tchivounda, M. A. Pellet, M. R. Rosenstock, M. B. Sepúlveda et M. V. Rodríguez-Cedeño (membre de droit).

C. Comité de rédaction

7. À ses 2614ème et 2632ème séances, tenues respectivement le 3 mai et le 6 juin 2000, la Commission a établi un comité de rédaction, composé des membres suivants pour les sujets indiqués :

a) Responsabilité des États : M. G. Gaja (Président), M. J. Crawford (Rapporteur spécial), M. E. A. Addo, M. I. Brownlie, M. E. J. A. Candioti, M. C. J. R. Dugard, M. C. P. Economides, M. Z. Galicki, M. R. I. Goco, M. G. Hafner, M. Q. He, M. P. C. R. Kabatsi, M. A. Pellet, M. R. Rosenstock et M. V. Rodríguez-Cedeño (membre de droit).

b) Réserves aux traités : M. G. Gaja (Président), M. A. Pellet (Rapporteur spécial), M. J. C. Baena Soares, M. I. Brownlie, M. C. P. Economides, M. N. Elaraby, M. M. Kamto, M. G. Pambou-Tchivounda, M. R. Rosenstock, M. B. Simma, M. P. Tomka et M. V. Rodríguez-Cedeño (membre de droit).

¹ M. J. C. Baena Soares, M. Z. Galicki, M. A. Pellet et M. P. S. Rao.

² M. J. R. Crawford, M. Ch. J. Dugard, M. A. Pellet, M. P. S. Rao et M. V. Rodríguez-Cedeño.

8. Le Comité de rédaction a tenu un total de 27 séances sur les [deux] sujets indiqués ci-dessus.

D. Groupes de travail

9. À ses 2616^{ème} et 2628^{ème} séances, tenues respectivement le 5 mai et le 26 mai 2000, la Commission a également établi les groupes de travail ci-après, composés comme suit :

a) Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) : M. P. S. Rao (Président et Rapporteur spécial), M. J. C. Baena Soares, M. Z. Galicki, M. G. Hafner, M. J. L. Kateka, M. I. Lukashuk, M. R. Rosenstock et M. V. Rodríguez-Cedeño (membre de droit).

b) Actes unilatéraux des États : M. V. Rodríguez-Cedeño (Président et Rapporteur spécial), M. H. Al-Baharna, M. J. C. Baena Soares, M. Z. Galicki, M. G. Hafner, M. M. Herdocia Sacasa, M. P. C. R. Kabatsi, M. J. L. Kateka, M. D. Momtaz, M. G. Pambou-Tchivounda et M. B. Sepúlveda.

10. Le Groupe de planification a reconstitué le 2 mai 2000 un groupe de travail sur le Programme de travail à long terme, qui était composé comme suit : M. I. Brownlie (Président), M. Z. Galicki, M. R. I. Goco, M. Q. He, M. M. Herdocia Sacasa, M. D. Opertti-Badan, M. B. Sepúlveda, M. B. Simma et M. V. Rodríguez-Cedeño (membre de droit). Ont contribué aux travaux du groupe : M. E. A. Addo, M. C. P. Economides, M. G. Hafner, M. A. Pellet, M. R. Rosenstock et M. C. Yamada. Le 31 mai 2000, le Groupe de planification a reconstitué un groupe de travail sur la structure des sessions composé comme suit : M. R. Rosenstock (Président), M. J. C. Baena Soares, M. R. I. Goco, M. J. L. Kateka, M. G. Pambou-Tchivounda et M. C. Yamada.

E. Secrétariat

11. M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M. Václav Mikulka, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de Secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M. Manuel Rama-Montaldo, Directeur adjoint de la Division de la codification, exerçait les fonctions de Secrétaire adjoint de la Commission. Mme Mahnoush H. Arsanjani, juriste hors classe, assumait les fonctions de Secrétaire assistante principale de la Commission; M. George Korontzis, Mme Virginia Morris et M. Renan Villacis, juristes, et M. Arnold Pronto, juriste adjoint de première classe, étaient secrétaires assistants de la Commission.

F. Ordre du jour

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

1. Organisation des travaux de la session

2. Responsabilité des États
3. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)
4. Réserves aux traités
5. Protection diplomatique
6. Actes unilatéraux des États
7. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission
8. Coopération avec d'autres organes
9. Date et lieu de la cinquante-troisième session
10. Questions diverses.

CHAPITRE II

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

13. Sur le sujet "Responsabilité des États", la Commission a examiné le troisième rapport³ du Rapporteur spécial, contenant ses propositions pour la deuxième partie (Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État), ainsi que pour une nouvelle deuxième partie *bis* (Mise en œuvre de la responsabilité des États) et une quatrième partie (Dispositions générales), du projet d'articles. La Commission a décidé de renvoyer les projets d'articles des chapitres Ier (Principes généraux), II (Les formes de la réparation) et III (Violations graves des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble) de la deuxième partie, des chapitres Ier (Invocation de la responsabilité d'un État) et II (Contre-mesures) de la deuxième partie *bis* et de la quatrième partie au Comité de rédaction (chap. IV). La Commission a pris note du rapport du Comité de rédaction.

14. S'agissant du sujet "Protection diplomatique", la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial⁴, portant sur les questions de définition et de champ d'application, la nature de la protection diplomatique et les conditions auxquelles est subordonné son exercice, en particulier l'exigence de nationalité et les modalités de la protection diplomatique, qui font l'objet des articles 1 à 8. Pour donner suite aux discussions menées et aux suggestions formulées en séance plénière, la Commission a renvoyé les articles 1, 3 et 6 aux consultations officielles à participation non limitée présidées par le Rapporteur spécial. Compte tenu du rapport sur les consultations officielles, la Commission a renvoyé les projets d'articles 1, 3 et 5 à 8 au Comité de rédaction (chap. V).

15. S'agissant du sujet "Actes unilatéraux des États", la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial⁵. Le Rapporteur spécial a proposé un nouveau projet d'article premier sur la définition de l'acte unilatéral, la suppression du précédent projet d'article premier concernant la portée du projet d'articles, un nouveau projet d'article 2 sur la capacité pour les États de formuler des actes unilatéraux, un nouveau projet d'article 3 sur les personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État, et un nouveau projet d'article 4 sur la confirmation ultérieure d'un acte formulé par une personne non habilitée pour ce faire. Il a également proposé la suppression du précédent projet d'article 6 concernant l'expression du consentement et un nouveau projet d'article 5 sur la nullité des actes unilatéraux. La Commission a décidé de renvoyer les nouveaux projets d'articles 1 à 4 au Comité de rédaction et le nouveau projet d'article 5 au Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États (chap. VI).

³ A/CN.4/507 et Add.1, Add.1/Corr.1 et 2, et Add.2 à 4.

⁴ A/CN.4/506 et Corr.1 et Add.1.

⁵ A/CN.4/505.

16. Pour ce qui est du sujet "Réserves aux traités", la Commission a examiné le cinquième rapport⁶ du Rapporteur spécial concernant les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives, ainsi que la formulation, la modification et le retrait des réserves et des déclarations interprétatives. La Commission a adopté cinq projets de directives concernant les réserves formulées en vertu de clauses d'exclusion, les déclarations unilatérales formulées en vertu d'une clause facultative, les déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité et les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives (chap. VII).

17. Sur le sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)", la Commission a chargé un groupe de travail d'examiner les commentaires et les observations faits par les États sur les projets d'articles relatifs au sous-thème de la prévention qu'elle avait adoptés en première lecture en 1998. Sur la base des discussions au sein du Groupe de travail, le Rapporteur spécial a présenté son troisième rapport⁷ contenant un projet de préambule et un projet d'articles révisé sur la prévention, en recommandant qu'ils soient adoptés en tant que convention-cadre. Le troisième rapport traitait en outre de questions telles que la portée du sujet, le lien avec la responsabilité internationale, la relation entre le juste équilibre des intérêts des États concernés et le devoir de prévention, ainsi que la dualité des régimes de la responsabilité internationale (*liability*) et de la responsabilité des États (*responsibility*). Après avoir examiné le rapport, la Commission a décidé de renvoyer le projet de préambule et le projet d'articles qu'il contenait au Comité de rédaction (chap. VIII).

18. La Commission a également adopté le rapport du Groupe de planification sur le programme de travail à long terme, qui énumérait les sujets ci-après à inscrire à ce programme, avec des plans d'étude définissant leur contenu possible : a) la responsabilité des organisations internationales; b) les effets des conflits armés sur les traités; c) les ressources naturelles partagées des États; d) l'expulsion des étrangers; e) les risques que pose la fragmentation du droit international (chap. IX, sect. A 1)).

19. La Commission a poursuivi ses échanges traditionnels d'informations avec la Cour internationale de Justice, le Comité consultatif juridique afro-asiatique, le Comité juridique interaméricain et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe (chap. IX, sect. C).

⁶ A/CN.4/508 et Add.1 à 4.

⁷ A/CN.4/510.

20. Un séminaire de formation auquel ont participé 24 personnes, de nationalités différentes, a eu lieu lors de la session (chap. IX, sect. E).

21. La Commission a décidé de tenir sa session suivante à l'Office des Nations Unies à Genève, en deux temps, du 23 avril au 1er juin et du 2 juillet au 10 août 2001.

CHAPITRE III

POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION

22. En application du paragraphe 13 de la résolution 54/111 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1999, la Commission indique ci-après, pour chaque sujet, les points sur lesquels il pourrait être particulièrement intéressant que les gouvernements expriment leurs vues, soit à la Sixième Commission, soit par écrit, afin de la guider utilement dans la poursuite de ses travaux.

A. Responsabilité des États

23. La Commission souhaiterait recevoir des gouvernements des commentaires et observations sur l'intégralité du texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, en particulier sur tout point qu'elle pourrait avoir à examiner plus avant pour pouvoir mener à bien la seconde lecture en 2001.

B. Protection diplomatique

24. La Commission souhaiterait recevoir des gouvernements des commentaires et observations répondant aux questions ci-après :

- a) Un État peut-il exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux, qui a acquis sa nationalité par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi, quand il n'existe aucun lien effectif entre ce national et l'État ?
- b) L'État qui veut exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux est-il obligé de prouver qu'il existe un lien effectif entre l'intéressé et cet État ?
- c) L'État peut-il exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux qui a un lien effectif avec ledit État quand l'intéressé est également ressortissant d'un autre État avec lequel le lien est faible ?
- d) Un État est-il autorisé à protéger un binational à l'encontre d'un État tiers dont l'individu lésé n'est pas ressortissant sans avoir à prouver qu'il existe un lien effectif entre lui-même et l'individu concerné ?
- e) L'État dans lequel un apatride réside légalement et habituellement doit-il être autorisé à protéger ladite personne à l'encontre d'un État tiers en appliquant les principes de la protection diplomatique ?
- f) L'État dans lequel un réfugié réside légalement et habituellement doit-il être autorisé à protéger ledit réfugié en appliquant les principes de la protection diplomatique ?

C. Actes unilatéraux des États

25. La Commission souhaiterait tout particulièrement être saisie d'observations sur les points a), b) et c) mentionnés au paragraphe 621 du rapport.

D. Réserves aux traités

26. La Commission souhaiterait recevoir des observations de la part des gouvernements sur les 14 projets de directives figurant dans la partie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/508/Add.3 et 4) consacrée à la formulation de réserves et de déclarations interprétatives au sujet de laquelle la Commission a décidé, faute de temps, de reporter le débat à sa session suivante. Ces projets de directives sont reproduits dans les notes 143, 145 à 150, 155, 158, 159, 161, 162 et 164 ci-après.

E. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)

27. La Commission appelle l'attention sur les paragraphes 672 à 720 du rapport et, en particulier, sur le paragraphe 721 où figurent le projet de préambule et les projets d'articles renvoyés au Comité de rédaction. La Commission accueillera avec intérêt toutes observations que les gouvernements pourraient formuler à ce sujet.

CHAPITRE IV

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

A. Introduction

28. À sa première session, en 1949, la Commission du droit international avait inscrit la question de la "Responsabilité des États" sur la liste des sujets se prêtant à codification. Comme suite à la résolution 799 (VIII) du 7 décembre 1953 dans laquelle l'Assemblée générale la priait de procéder, dès qu'elle le jugerait opportun, à la codification des principes du droit international régissant la responsabilité de l'État, la Commission, à sa septième session, en 1955, a décidé d'entreprendre l'étude de la question de la responsabilité des États et a nommé M. F. V. Garcia Amador Rapporteur spécial sur le sujet. Aux six sessions suivantes, de 1956 à 1961, le Rapporteur spécial a présenté six rapports successifs traitant, dans l'ensemble, de la question de la responsabilité à raison des dommages causés aux personnes ou aux biens des étrangers⁸.

29. À sa quatorzième session, en 1962, la Commission a constitué une sous-commission qu'elle a chargée d'établir un rapport préliminaire contenant des suggestions quant à la portée de l'étude future et à la manière d'aborder le sujet⁹.

30. À sa quinzième session, en 1963, la Commission, après avoir approuvé à l'unanimité le rapport de la Sous-Commission, a nommé M. Roberto Ago Rapporteur spécial sur le sujet.

31. De sa vingt et unième session en 1969 à sa trente et unième session en 1979, la Commission a reçu huit rapports du Rapporteur spécial¹⁰.

32. Le plan d'ensemble adopté par la Commission à sa vingt-septième session, en 1975, pour le projet d'articles sur le sujet de la responsabilité des États envisageait l'économie du projet comme suit : la première partie porterait sur l'origine de la responsabilité internationale, la deuxième sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale,

⁸ *Annuaire ... 1969*, vol. II, p. 238.

⁹ *Ibid.*, p. 238 et suiv.

¹⁰ Pour les huit rapports du Rapporteur spécial, voir : *Annuaire ... 1969*, vol. II, document A/CN.4/217 et Add.1, p. 129 à 162; *Annuaire ... 1970*, vol. II, document A/CN.4/233, p. 189 à 211; *Annuaire ... 1971*, vol. II (première partie), document A/CN.4/246 et Add.1 à 3, p. 209 à 289; *Annuaire ... 1972*, vol. II, document A/CN.4/264 et Add.1, p. 77 à 174; *Annuaire ... 1976*, vol. II (première partie), document A/CN.4/291 et Add.1 et 2, p. 3 à 57; *Annuaire ... 1977*, vol. II (première partie), document A/CN.4/302 et Add.1 à 3; *Annuaire ... 1978*, vol. II (première partie), document A/CN.4/318 et Add.1 à 4; et *Annuaire ... 1980*, vol. II, document A/CN.4/318/Add.5 à 7.

et une éventuelle troisième partie, que la Commission pourrait décider d'ajouter, sur la question du règlement des différends et de la mise en œuvre de la responsabilité internationale¹¹.

33. À sa trente-deuxième session, en 1980, la Commission a adopté à titre provisoire en première lecture la première partie du projet d'articles, intitulée "Origine de la responsabilité internationale"¹².

34. À sa trente et unième session, en 1979, la Commission a nommé M. Willem Riphagen Rapporteur spécial en remplacement de M. Ago élu juge à la Cour internationale de Justice. De sa trente-deuxième session en 1980 à sa trente-huitième session en 1986, la Commission a reçu de M. Willem Riphagen sept rapports¹³, consacrés aux deuxième et troisième parties du projet d'articles¹⁴.

35. À sa trente-neuvième session, en 1987, la Commission a nommé M. Gaetano Arangio-Ruiz Rapporteur spécial pour succéder à M. Willem Riphagen, dont le mandat de membre de la Commission était expiré le 31 décembre 1986. De sa quarantième session en 1988 à sa quarante-huitième session en 1996, la Commission a reçu huit rapports de M. Arangio-Ruiz¹⁵.

¹¹ *Annuaire ... 1975*, vol. II, p. 60 à 64, document A/10010/Rev.1, par. 38 à 51.

¹² *Annuaire ... 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 25 à 61, document A/35/10, chap. III.

¹³ Pour les sept rapports du Rapporteur spécial, voir : *Annuaire ... 1980*, vol. II (première partie), p. 105, document A/CN.4/330; *Annuaire ... 1981*, vol. II (première partie), p. 81, document A/CN.4/334; *Annuaire ... 1982*, vol. II (première partie), p. 25, document A/CN.4/354; *Annuaire ... 1983*, vol. II (première partie), p. 3, document A/CN.4/366 et Add.1; *Annuaire ... 1984*, vol. II (première partie), p. 1, document A/CN.4/380; *Annuaire ... 1985*, vol. II (première partie), p. 3, document A/CN.4/389; et *Annuaire ... 1986*, vol. II (première partie), p. 1, document A/CN.4/397 et Add.1.

¹⁴ À sa trente-quatrième session (1983), la Commission a renvoyé les articles 1 à 6 de la deuxième partie du projet au Comité de rédaction. À sa trente-septième session (1985), elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les articles 7 à 16 de la deuxième partie. À sa trente-huitième session (1986), elle a décidé de lui renvoyer les articles 1 à 5 de la troisième partie et l'annexe de celle-ci.

¹⁵ Pour les huit rapports du Rapporteur spécial, voir : *Annuaire ... 1986*, vol. II (première partie), p. 6, document A/CN.4/416 et Add.1; *Annuaire ... 1990*, vol. II (première partie), document A/CN.4/425 et Add.1; *Annuaire ... 1991*, vol. II (première partie), documents A/CN.4/440 et Add.1, A/CN.4/444 et Add.1 à 3, A/CN.4/453 et Add.1 et Corr.1 à 3, et Add.2 et 3, A/CN.4/461 et Add.1 et 2, A/CN.4/469 et Corr.1 (anglais seulement) et Add.1 et 2, et A/CN.4/476 et Corr.1 (anglais seulement) et Add.1. À sa quarante et unième session (1989), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les articles 6 et 7 du chapitre II (Conséquences juridiques découlant d'un délit international) de la deuxième partie du projet d'articles. À sa quarante-deuxième session (1990), elle a renvoyé au Comité de rédaction les articles 8, 9

36. Au terme de sa quarante-septième session, en 1995, la Commission avait adopté à titre provisoire les articles de la deuxième partie du projet d'articles portant les numéros 1 à 5¹⁶, 6 (Cessation du comportement illicite), 6 *bis* (Réparation), 7 (Restitution en nature), 8 (Indemnisation), 10 (Satisfaction), 10 *bis* (Garanties de non-répétition)¹⁷, 11 (Contre-mesures de l'État lésé), 13 (Proportionnalité) et 14 (Contre-mesures interdites)¹⁸. Elle avait en outre reçu du Comité de rédaction un texte d'article 12 (Conditions du recours à des contre-mesures) sur lequel elle a différé sa décision¹⁹. Elle avait également, à sa quarante-septième session, adopté à titre provisoire les articles devant figurer dans la troisième partie du projet d'articles numérotés 1 (Négociations), 2 (Bons offices et médiation), 3 (Conciliation), 4 (Tâche de la Commission de conciliation), 5 (Arbitrage), 6 (Mandat du tribunal arbitral) et 7 (Validité d'une sentence arbitrale), ainsi que les articles 1 (La Commission de conciliation) et 2 (Le tribunal arbitral) de l'annexe de cette partie.

37. À la quarante-huitième session de la Commission, en 1996, M. Arangio-Ruiz a annoncé qu'il se démettait de ses fonctions de Rapporteur spécial. La Commission a achevé l'examen en première lecture des articles des deuxième et troisième parties du projet d'articles sur la responsabilité des États et décidé, en application des articles 16 et 21 de son statut, de transmettre aux gouvernements, par l'intermédiaire du Secrétaire général, les projets d'articles

et 10 de la deuxième partie. À sa quarante-quatrième session (1992), elle lui a renvoyé les articles 11 à 14 et 5 *bis* devant figurer dans la deuxième partie. À sa quarante-cinquième session (1993), elle a renvoyé au Comité de rédaction les articles 1 à 6 de la troisième partie et l'annexe de celle-ci. À sa quarante-septième session (1995), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les articles 15 à 20 de la première partie, traitant des conséquences juridiques des faits internationaux illicites qualifiés de crimes aux termes de l'article 19 de ladite partie, ainsi qu'un nouveau texte d'article 7 pour la troisième partie du projet.

¹⁶ Pour le texte des articles 1 à 5 (par. 1), et les commentaires correspondants, voir *Annuaire ... 1985*, vol. II (deuxième partie), p. 24 et suiv.

¹⁷ Pour le texte de l'article 5, paragraphe 2, et des articles 6, 6 *bis*, 7, 8, 10 et 10 *bis*, ainsi que les commentaires correspondants, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément No 10 (A/48/10)*, p. 141 et suiv.

¹⁸ Pour le texte des articles 11, 13 et 14, voir *ibid.*, *quarante-neuvième session, Supplément No 10 (A/49/10)*, note 362. Lorsque la Commission a adopté l'article 11, il a été entendu qu'il faudrait peut-être le réexaminer à la lumière du texte qui serait finalement adopté pour l'article 12 (voir *ibid.*, par. 352).

¹⁹ Voir *ibid.*, par. 352.

qu'elle avait adoptés provisoirement en première lecture²⁰, en leur demandant de faire parvenir leurs commentaires et observations au Secrétaire général pour le 1er janvier 1998 au plus tard.

38. À sa quarante-neuvième session en 1997, la Commission a constitué un Groupe de travail sur la responsabilité des États chargé de traiter les questions liées à l'examen du sujet en deuxième lecture²¹. Elle a aussi nommé M. James Crawford Rapporteur spécial.

39. À sa cinquante-deuxième session, l'Assemblée générale a recommandé que la Commission du droit international poursuive ses travaux sur les sujets actuellement inscrits à son programme, y compris la responsabilité des États, en tenant compte des commentaires et observations que les gouvernements avaient présentés par écrit ou qui avaient été formulés oralement lors des débats à l'Assemblée, et a rappelé qu'il importait que la Commission dispose des vues des gouvernements concernant le projet d'articles sur la responsabilité des États qu'elle avait adopté en première lecture à sa quarante-huitième session en 1996.

40. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial, M. Crawford. Le rapport portait sur des questions d'ordre général relatives au projet, la distinction entre responsabilité "pour crimes" et responsabilité "délictuelle", et les articles 1 à 15 de la première partie du projet²². La Commission était également saisie des commentaires des gouvernements sur les projets d'articles adoptés à titre provisoire en première lecture²³. Après avoir examiné les articles 1 à 15 *bis*, la Commission les a renvoyés au Comité de rédaction.

41. À la même session, la Commission a pris note du rapport du Comité de rédaction sur les articles 1, 3, 4, 7, 8, 8 *bis*, 9, 10, 15, 15 *bis* et A. Elle a également pris note de la suppression des articles 2, 6 et 11 à 14.

42. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial, M. Crawford. Le Rapporteur spécial y poursuivait la tâche entreprise en 1998, qui consistait à examiner les projets d'articles à la lumière des commentaires des gouvernements et de l'évolution de la pratique des États, des décisions judiciaires et des ouvrages

²⁰ Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément No 10 (A/51/10)*, p. 148 à 174. Pour le texte de l'article 42, paragraphe 3, et des articles 47, 48 et 51 à 53, avec leurs commentaires, voir *ibid.*, p. 175 et suiv.

²¹ Pour les directives sur l'examen du sujet en deuxième lecture adoptées par la Commission sur la recommandation du Groupe de travail, voir *ibid.*, par. 161.

²² A/CN.4/490 et Add.1, Add.2, Add.2/Rev.1 (français seulement), Add.2/Corr.1 (anglais, arabe, chinois, espagnol et russe seulement) et Add.3, Add.4, Add.4/Corr.1, Add.5 et Add.6.

²³ A/CN.4/488 et Add.1 à 3.

relatifs à la question²⁴. La Commission était également saisie des commentaires des gouvernements sur les projets d'articles adoptés à titre provisoire en première lecture²⁵. Après avoir examiné les articles 16 à 19 (1), 20 à 26 *bis*, 27 à 28 *bis*, 29 *bis* et 29 *ter* (1), 30 à 33, 34 *bis* (1) et 35, la Commission les a renvoyés au Comité de rédaction.

43. À la même session, la Commission a pris note du rapport du Comité de rédaction sur les articles 16, 18, 24, 25, 27, 27 *bis*, 28, 28 *bis*, 29, 29 *bis*, 29 *ter*, 31 à 33 et 35. La Commission a également pris note de la suppression des articles 17, 19 (1), 20 et 23²⁶, 26 et 34²⁷.

B. Examen du sujet à la présente session

44. À la présente session, la Commission était saisie des commentaires et observations reçus de la part de gouvernements sur les projets d'articles adoptés à titre provisoire en première lecture (A/CN.4/488 et Add.1 à 3 et A/CN.4/492) ainsi que du troisième rapport du Rapporteur spécial, M. James Crawford²⁸. Le Rapporteur spécial y poursuivait la tâche entreprise en 1998, consistant à examiner les projets d'articles, notamment ceux qui figuraient dans la deuxième partie, compte tenu des commentaires des gouvernements et de l'évolution de la pratique des États, des décisions judiciaires et des publications relatives à la question. La Commission a examiné le rapport à ses 2613^{ème} à 2616^{ème} séances, 2621^{ème} à 2623^{ème} séances, 2634^{ème} et 2635^{ème} séances, 2636^{ème} à 2640^{ème} séances, et 2644^{ème} à 2653^{ème} séances, tenues du 2 au 5 et du 16 au 18 mai, les 8 et 9 juin, du 10 au 14 juillet, et du 21 juillet au 8 août 2000.

45. La Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles suivants : 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38 à sa 2616^{ème} séance, le 5 mai; 40 *bis* à sa 2623^{ème} séance, le 18 mai; 43 et 44 à sa 2637^{ème} séance, le 11 juillet; 45, 45 *bis* et 46 *bis* à sa 2640^{ème} séance, le 14 juillet; 46 *ter*, 46 *quater*, 46 *quinqies*, et 46 *sexies* à sa 2645^{ème} séance, le 25 juillet; 30, 47, 47 *bis*, 48, 49, 50 et 50 *bis* à sa 2649^{ème} séance, le 1^{er} août; 50A, 50B, 51, ainsi que le texte des notes de bas de page 801 et 810 du document A/CN.4/507/Add.4 à sa 2653^{ème} séance, le 8 août.

²⁴ A/CN.4/498 et Add.1 à 4.

²⁵ A/CN.4/488 et Add.1 à 3, et A/CN.4/492.

²⁶ L'article 22, adopté en première lecture, traitait de l'épuisement des recours internes. Le Rapporteur spécial a proposé de le remplacer par un nouveau texte qui deviendrait l'article 26 *bis*. Le Comité de rédaction a décidé de reporter l'examen de la teneur de cet article.

²⁷ Le Comité de rédaction a adopté l'article 34 (Légitime défense) en tant qu'article 29 *ter*.

²⁸ A/CN.4/507 et Add.1, Add.1/Corr.1, Add.1/Corr.2 (français seulement), Add.2, Add.2/Corr.1 et 2, Add.3, Add.3/Corr.1 et Add.4.

46. À sa 2662^{ème} séance, le 17 août, la Commission a pris note du rapport du Comité de rédaction sur l'intégralité du projet d'articles (A/CN.4/L.600*) qui a été adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction et dont le texte est reproduit en appendice au présent chapitre.

1. Présentation par le Rapporteur spécial des questions d'ordre général se rapportant au projet d'articles

a) Étapes de l'achèvement de l'examen en deuxième lecture du projet d'articles

47. Le Rapporteur spécial a réaffirmé sa volonté, signalée aux paragraphes 3 et 4 de son troisième rapport, d'amener la Commission à achever l'examen en deuxième lecture du projet d'articles en 2001. Pour atteindre cet objectif ambitieux mais possible, il a recommandé le programme de travail suivant : le Comité de rédaction établirait le texte complet du projet d'articles, en laissant de côté la question du règlement des différends, avant la fin de la session en cours - ce qui permettrait à la Commission, à sa session suivante, d'examiner l'ensemble du texte et des commentaires, compte tenu de toutes observations complémentaires que les gouvernements pourraient formuler, et de l'adopter.

b) Questions se rapportant à la première partie laissées en suspens

48. Comme signalé aux paragraphes 2 et 3 du troisième rapport, quatre questions se rapportant à la première partie restaient en suspens, qui ne pourraient être réglées que lorsque la Commission se serait prononcée sur les questions connexes relevant de la deuxième partie : la responsabilité des États pour violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (article 19); la formulation d'un article sur l'épuisement des recours internes (article 22) et d'un article sur les contre-mesures (article 30); et l'inclusion éventuelle d'un article prévoyant une autre circonstance excluant l'illicéité, à savoir l'exception d'inexécution. En outre, la première partie renfermait des dispositions qui, dans plusieurs cas, étaient reprises dans la deuxième partie. Il en était ainsi par exemple du paragraphe 4 de l'article 42, et cela était inutile et laissait planer des doutes quant à l'applicabilité présumée à la deuxième partie des principes énoncés dans la première.

c) Considérations générales concernant les articles de la deuxième partie tels qu'adoptés en première lecture

i) Le champ d'application de la deuxième partie par rapport à celui de la première partie

49. D'une manière générale, le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur le hiatus existant entre la première partie, qui traitait de la violation d'obligations par des États, et la deuxième partie, notamment l'article 40, qui traitait de la réaction des États à des violations du droit international. Les obligations envisagées dans la première partie pourraient, par exemple, être des obligations envers une organisation internationale ou un individu; or, la deuxième partie était muette quant à l'invocation de la violation d'une de ces obligations par une personne autre que l'État. C'est pourquoi le Rapporteur spécial proposait une clause de sauvegarde, qui stipulait que la deuxième partie était sans préjudice de l'un quelconque des droits découlant de la commission

d'un fait internationalement illicite par un État et s'attachant à toute personne ou entité autre que l'État.

ii) Titre

50. Sous sa forme actuelle, le titre de la deuxième partie était difficilement compréhensible et peu explicite et pouvait être remplacé par un titre plus précis : "Conséquences juridiques du fait internationalement illicite d'un État", qui par ailleurs correspondait à la conception traditionnelle qui voyait dans la responsabilité des États une conséquence juridique secondaire née d'une violation.

iii) Formulation des projets d'articles

51. Comme indiqué aux alinéas 2) et 3) du paragraphe 7 du rapport, il conviendrait de revenir sur le libellé maladroit des dispositions de la deuxième partie, qui étaient formulées en termes de droits catégoriques tempérés ça et là par l'emploi de la clause restrictive "le cas échéant", ou "s'il y a lieu", qui avait suscité des critiques de la part de gouvernements issus de diverses traditions juridiques au motif que les articles étaient soit trop rigides, soit trop vagues au point de manquer de consistance. Néanmoins, en l'absence de précision quant à la teneur d'une disposition donnée, des expressions comme "le cas échéant" pourraient s'avérer nécessaires dans certains cas.

d) Restructuration des sections du projet d'articles restant à traiter

52. Pour les raisons exposées aux paragraphes 8 et 9 du rapport, le Rapporteur spécial a formulé au paragraphe 10 une proposition sur l'économie des dispositions de fond du projet d'articles restant à traiter, afin de démêler les problèmes soulevés dans le contexte de l'article 40 et faciliter le débat.

53. Il conviendrait de maintenir le titre actuel du chapitre premier de la deuxième partie, qui devrait comprendre au moins trois articles énonçant des principes généraux : l'article 36, disposition liminaire générale indiquant qu'un fait internationalement illicite entraînait des conséquences juridiques; l'article 36 *bis*, posant le principe de la cessation en tant que principe général; et l'article 37 *bis*, posant le principe de la réparation sous forme de principe général lui aussi. De plus, il conviendrait d'inclure dans le projet d'articles une définition de l'expression "État lésé" : celle-ci était donnée à l'article 40 *bis*, mais pourrait figurer ailleurs dans le texte. Il n'était pas sûr que l'article 38 soit nécessaire, mais il avait été inclus aux fins de la discussion.

54. Le chapitre II traiterait des trois formes de réparation, à savoir la restitution, l'indemnisation et la satisfaction (sans préciser nécessairement les modalités du choix entre elles, ce qui pourrait être fait à un stade ultérieur), des intérêts et des conséquences de la faute concurrente de l'État lésé et contiendrait toute autre disposition jugée pertinente à la lumière du débat.

55. Le Rapporteur spécial a proposé d'incorporer une nouvelle deuxième partie *bis* intitulée "La mise en œuvre de la responsabilité d'un État", de manière à distinguer, d'une part les conséquences juridiques à la charge de l'État responsable de la commission d'un fait internationalement illicite et de l'autre, l'invocation de ces conséquences par la victime principale

de la violation ou, dans certaines circonstances, par des États tiers, et à dissiper la confusion créée par l'article 40. La deuxième partie *bis* pourrait renfermer des articles portant sur la question générale de savoir qui était en droit d'invoquer la responsabilité, question qui était actuellement traitée de manière fort peu satisfaisante à l'article 40; sur la perte du droit d'invoquer la responsabilité, par analogie avec la perte du droit d'invoquer des motifs de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application telle qu'elle était prévue dans la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁹; sur les contre-mesures en tant que forme d'invocation de la responsabilité, plutôt que forme de réparation, dès lors qu'elles étaient prises contre un État qui refusait de reconnaître sa responsabilité et de mettre fin à son comportement illicite; et sur la question, liée à l'article 19, de l'invocation d'une responsabilité à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble.

56. Notant que la Commission avait décidé à titre provisoire de ne pas lier l'adoption de contre-mesures au règlement des différends, le Rapporteur spécial a recommandé que la troisième partie fasse l'objet d'un examen général à l'issue de l'adoption du projet d'articles dans son ensemble, en fonction de la forme qu'il revêtirait. Il serait vain d'incorporer des dispositions sur le règlement des différends, à moins que l'instrument appelé à être soumis à l'Assemblée générale ne le soit sous forme de convention. De plus, l'acceptation de dispositions sur le règlement des différends était sujette à caution, car le texte du projet portait littéralement sur l'ensemble des obligations des États.

57. Le Rapporteur spécial a par ailleurs recommandé d'incorporer une quatrième partie, consacrée aux dispositions générales et renfermant notamment la disposition sur la *lex specialis*.

2. Résumé du débat sur les questions d'ordre général

58. Il a été rendu hommage au Rapporteur spécial, dont le troisième rapport avait enrichi non seulement l'œuvre de la Commission mais aussi le droit international en général en établissant les paramètres et en cernant les problèmes posés par une matière éminemment complexe.

a) Étapes de l'achèvement de l'examen en deuxième lecture du projet d'articles

59. Le programme proposé par le Rapporteur spécial dans la perspective de l'achèvement de l'examen du projet d'articles en deuxième lecture a été appuyé. Il a été cependant noté que la Commission avait laissé de côté, pour y réfléchir plus avant, un certain nombre de questions liées à la première partie, comme celle de la responsabilité des États pour violation d'obligations *erga omnes* et du rapport entre une disposition dans ce sens et l'article 19 tel qu'adopté en première lecture. Il a été fait observer aussi que les projets d'articles de la deuxième partie adoptés en première lecture en 1996 n'avaient pas été examinés avec autant de soin que ceux de la première partie. En particulier, on a émis l'avis que la question de la violation d'obligations multilatérales devrait faire l'objet d'un débat approfondi. Il a été noté que la cinquante-cinquième

²⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

session de l'Assemblée générale serait pour la Commission la dernière occasion d'obtenir les réactions de la Sixième Commission sur certaines questions, comme celles des contre-mesures et du règlement des différends.

b) La distinction entre règles primaires et règles secondaires

60. À propos du paragraphe 50 du rapport, on a émis l'avis que la distinction entre règles primaires et règles secondaires ne posait pas de problème, dès lors que la fonction d'une règle dans un contexte donné déterminait sa nature. Selon un autre avis, la distinction entre règles primaires et règles secondaires était intellectuellement séduisante, mais plutôt artificielle, difficile à défendre et à appliquer dans la pratique, voire parfois dénuée de validité. Il était cependant inutile de s'attarder indûment sur cette question, car même si dans certains cas la distinction était artificielle, elle était d'une manière générale applicable et était depuis longtemps la clef de voûte de l'exercice dans lequel la Commission s'était engagée. Le Rapporteur spécial a admis que la distinction entre règles primaires et règles secondaires ne devrait pas être abandonnée, nonobstant le fait que les règles primaires auraient des incidences sur l'application de nombreuses règles secondaires, ce qu'il fallait préciser selon que de besoin, notamment dans le commentaire.

c) Application du régime de la responsabilité des États à toutes les obligations internationales des États

61. On a appuyé l'idée que les règles gouvernant la responsabilité des États étaient, comme indiqué à l'alinéa 1 du paragraphe 7 du rapport du Rapporteur spécial, applicables à toutes les obligations internationales des États. On a fait cependant valoir que si les circonstances excluant l'illicéité, telles qu'elles étaient énoncées dans la première partie, étaient censées s'appliquer aux obligations énoncées dans la deuxième partie, il serait nécessaire de l'indiquer expressément dans le projet d'articles lui-même. D'autres membres ont considéré qu'il serait préférable de ne pas réglementer cette question et de s'en remettre au droit international coutumier. Il existait certes un rapport entre la première partie et la deuxième partie, mais il importait d'éviter de formuler à partir de là des conclusions hâtives. Face aux incertitudes exprimées sur cette question de la correspondance entre les deux parties, le Rapporteur spécial a indiqué que le Comité de rédaction devrait l'examiner plus à fond pour décider du maintien ou de la suppression de certaines dispositions.

d) Le champ d'application du projet d'articles

62. Il a été proposé d'étendre l'application du projet d'articles à tous les cas de responsabilité des États, et non uniquement à ceux faisant intervenir des États : en effet, la détermination des conséquences d'un fait internationalement illicite appelait inévitablement la prise en compte de la situation de tous ceux qui, en vertu du droit international, avaient été lésés – qu'il s'agisse d'un État, d'une organisation internationale, d'une autre entité ou d'un particulier. On a considéré que, bien que la disposition du paragraphe 1 de l'article 36 sous sa forme actuelle s'appliquât à toutes les obligations internationales, on pouvait laisser jouer l'obligation primaire dans le cas où une entité autre qu'un État serait en cause, ainsi que les procédures autres que celles touchant la mise en œuvre de la responsabilité des États, par exemple les procédures faisant appel à la notification et à la saisine des tribunaux nationaux : c'est dans cet esprit que la clause de sauvegarde proposée

a été appuyée. On a fait observer en outre que les articles n'étaient pas censés codifier le droit de la responsabilité internationale dans son intégralité, lequel n'était pas encore suffisamment développé pour ce faire. L'objectif était d'élaborer des dispositions générales appelées à servir de support au développement de nouvelles branches du droit de la responsabilité internationale, dont les détails et les nuances seraient définis au fur et à mesure de l'évolution de la pratique dans ce domaine.

e) Considérations générales concernant la deuxième partie

i) Question de l'élaboration de dispositions détaillées et spécifiques

63. Selon une opinion, vu que les aspects techniques de la réparation avaient été négligés dans la deuxième partie, il était important d'y incorporer, en particulier au chapitre II, des articles plus spécifiques et détaillés sur les formes et les modalités de la réparation, en particulier l'indemnisation pour manque à gagner (*lucrum cessans*), ainsi que sur les modes de calcul de l'indemnité et des intérêts éventuels à verser. Ces questions n'étaient pas abordées dans le projet d'articles, alors que les États avaient besoin de savoir dans quels cas ils devaient verser des intérêts et comment ils pourraient les calculer. À l'inverse, l'avis a été exprimé que, du point de vue de la doctrine et de la pratique, les principes régissant la réparation – qu'il s'agisse d'indemnisation, de restitution ou de préjudice indirect – étaient forcément déterminés par les règles primaires et que la Commission devait prendre soin de ne pas formuler des règles qui apparaîtraient comme des règles générales alors qu'en fait elle ne faisait que recenser des modes de réparation facultative. En d'autres termes, elle devrait éviter d'approfondir cette question. Elle devrait trouver un moyen terme, en ayant présent à l'esprit que plus les règles seraient détaillées, moins les réparations auraient de chance d'y satisfaire pleinement et qu'il fallait élaborer à propos de la réparation des règles assez souples, étant donné en particulier que les affaires en matière de responsabilité des États seraient généralement réglées par voie de négociation plutôt que devant une juridiction internationale. Le Rapporteur spécial a expliqué avoir traité dans la deuxième partie de son rapport de la question de l'élaboration de dispositions détaillées dans le contexte de l'indemnisation, parce que c'était là qu'elle prenait tout son sens. Étant donné l'existence d'un désaccord sur ce point, il demanderait à la Commission de lui dire s'il serait opportun d'élaborer des dispositions détaillées sur le quantum de l'indemnité ou le calcul des intérêts : ces questions étaient techniques et variaient selon le contexte. Il entendait proposer un article distinct sur les intérêts, ceux-ci se distinguant de l'indemnisation en tant que telle, mais il considérait, à première vue, que les dispositions correspondantes devraient être dans chaque cas assez générales. Il appartiendrait à la Commission d'indiquer en temps utile si elle souhaitait des dispositions plus détaillées.

ii) Titre

64. Tout en convenant avec le Rapporteur spécial de la nécessité de remanier l'intitulé de la deuxième partie, certains membres de la Commission ont considéré que le nouveau titre proposé n'était pas entièrement satisfaisant au regard d'une part de la teneur des articles de la deuxième partie et de l'autre de la deuxième partie *bis*. Il a été suggéré d'intituler la deuxième partie "Réparation et obligation d'exécution", "Conséquences juridiques de la responsabilité internationale", ou encore "Implications juridiques du fait internationalement illicite d'un État" plutôt que "Conséquences juridiques". L'intitulé "Conséquences juridiques de la responsabilité

internationale" proposé a été cependant jugé impropre, dans la mesure où la responsabilité était la conséquence juridique immédiate d'un fait internationalement illicite et où il ne résolvait en rien le problème du lien entre la deuxième partie et la deuxième partie *bis*. Le Rapporteur spécial a admis que le titre de la deuxième partie recouvrait des aspects appelés à être incorporés dans la deuxième partie *bis*. Il s'est félicité de l'accord qui semblait s'être fait quant à la nécessité d'établir une distinction entre les conséquences découlant d'un fait illicite et l'invocation de la responsabilité. Il serait nécessaire à un stade ultérieur de voir si les dispositions en question devraient figurer dans deux parties distinctes, ou dans deux chapitres d'une même partie.

iii) Formulation des projets d'articles

65. La proposition du Rapporteur spécial tendant à remanier les projets d'articles du point de vue de l'État encourant une responsabilité plutôt que de celui de l'État lésé a recueilli un large appui, dès lors que cette démarche était compatible avec la première partie et qu'elle permettait de régler des questions délicates soulevées dans le cadre de la deuxième partie et de la deuxième partie *bis*.

f) L'économie des projets d'articles

66. La nouvelle structure proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 10 du rapport a été largement appuyée.

67. Il a été suggéré que les règles applicables dans le cas d'une pluralité d'États auteurs ou d'États lésés soient séparées : les obligations des États auteurs pouvaient être traitées dans la deuxième partie (conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État), tandis que les droits des États lésés pouvaient l'être dans la deuxième partie *bis* (Mise en œuvre de la responsabilité des États). Ou alors toutes les règles applicables dans le cas d'une pluralité d'États pourraient être incorporées dans un chapitre distinct.

68. La proposition du Rapporteur spécial visant à incorporer une deuxième partie *bis* a été appuyée, de même que celle tendant à transférer les dispositions relatives aux contre-mesures de la deuxième partie à la deuxième partie *bis*, car les contre-mesures avaient un rapport avec la mise en œuvre de la responsabilité mais non avec le contenu ou les formes de la responsabilité internationale. On a fait observer que, selon l'idée initiale du Rapporteur spécial Ago, la deuxième partie *bis* aurait dû renfermer des dispositions sur la protection diplomatique, mais que le problème ne se posait plus puisque la protection diplomatique faisait désormais l'objet d'un sujet distinct. Néanmoins, le Rapporteur spécial a été instamment prié d'inclure au chapitre premier de la deuxième partie *bis* une clause "sans préjudice" réservant la question de la protection diplomatique. À l'inverse, on a émis l'avis qu'il faudrait revenir sur l'opportunité de prévoir une deuxième partie et une deuxième partie *bis* une fois l'examen des articles de fond achevé.

69. La proposition du Rapporteur spécial visant à laisser de côté pour le moment la troisième partie a été approuvée. Le lien entre la forme que revêtirait le projet d'articles et la question du règlement pacifique des différends était clairement établi au paragraphe 6 du rapport. On a fait observer que rien ne serait plus dangereux que de faire dépendre des règles de fond sur la responsabilité des États de l'acceptation hautement hypothétique par les États d'une procédure

de règlement obligatoire des différends, comme le préoyaient les articles relatifs aux contre-mesures adoptés en première lecture. À l'inverse, on a considéré que le texte ne pouvait que revêtir la forme d'une convention internationale, ce qui appellerait manifestement l'élaboration d'un régime général et complet de règlement de tout différend qui pourrait surgir quant à l'interprétation ou à l'application de telle ou telle disposition du futur instrument. Mais si cet exercice s'avérait difficile, il serait nécessaire de revenir à l'idée de mettre en place une procédure de règlement des différends au moins dans le cas des différends concernant les contre-mesures.

70. De même, la proposition du Rapporteur spécial d'incorporer une quatrième partie consacrée aux dispositions générales a été appuyée. C'est à bon droit que le Rapporteur spécial proposait d'incorporer une partie générale regroupant les clauses restrictives communes (introduites par l'expression "sans préjudice"), toutes les définitions autres que celle de la responsabilité et l'ensemble des dispositions concernant deux ou plusieurs parties du projet d'articles. On a cependant aussi estimé que la teneur d'une nouvelle quatrième partie appelait une analyse plus approfondie.

3. Conclusions du Rapporteur spécial concernant le débat sur les questions d'ordre général

71. S'agissant de la difficulté d'établir une distinction entre règles primaires et règles secondaires, problème que plusieurs membres avaient mis en avant, le Rapporteur spécial a considéré que la Commission n'avait d'autre choix que de s'en tenir à sa décision initiale et de maintenir cette distinction.

72. Le Rapporteur spécial a noté qu'il y avait accord général sur la stratégie visant à formuler les dispositions de la deuxième partie, ou du moins les conséquences qui y étaient énoncées, en termes d'obligations à la charge de l'État responsable, de même que sur la nécessité de traiter de ces obligations et de leur invocation par d'autres États, sinon dans des parties différentes, à tout le moins dans des chapitres différents d'une même partie. Il était aussi apparu que les dispositions existantes, même si elles étaient réorganisées, seraient en substance maintenues, complétées par certains éléments, notamment par un article sur les intérêts, envisagé en son temps par le Rapporteur spécial précédent, M. Arangio-Ruiz.

73. Quant à la possibilité pour des entités autres que les États d'invoquer la responsabilité d'un État, le Rapporteur spécial a souligné que la notion ouverte de responsabilité, énoncée dans la première partie, l'autorisait. Il était évident que la responsabilité d'un État vis-à-vis d'entités autres qu'un État s'inscrivait dans le cadre de la responsabilité des États. Cela ne signifiait pas pour autant que la Commission doive se pencher sur cette question : elle n'avait pas à le faire, pour un certain nombre de raisons qui étaient étrangères au domaine de la responsabilité des États en tant que tel, mais elle devait indiquer expressément qu'elle ne le faisait pas pour bien faire la distinction entre la teneur de la première partie et celle des autres parties. Tel était l'objet de la clause de sauvegarde du paragraphe 3 de l'article 40 *bis* proposé. Il n'était pas souhaitable d'aller plus loin.

4. Présentation par le Rapporteur spécial de la deuxième partie intitulée "Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État"

Chapitre premier. Principes généraux

a) Disposition liminaire précisant le contenu de la responsabilité internationale (article 36)

74. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'aucun gouvernement n'avait mis en cause la nécessité d'incorporer la disposition liminaire sur la responsabilité internationale des États énoncée au paragraphe 1 de l'article 36³⁰.

b) Le principe général de la cessation (article 36 *bis*)

75. Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur deux questions touchant le principe général de la cessation, lequel faisait l'objet du paragraphe 2 de l'article 36 et de l'article 41. Premièrement, l'obligation de cessation était la conséquence de la violation de l'obligation primaire et n'existait pas lorsque l'obligation primaire cessait d'exister. Par exemple, le problème de la cessation ne se poserait pas dans le cas où la violation substantielle d'un traité bilatéral serait invoquée comme motif pour y mettre fin. Ce point important devait être énoncé sous forme de clause de sauvegarde. Deuxièmement, bien que les États n'aient pas porté de critique sur la cessation (article 41), certains auteurs soutenaient que celle-ci était la conséquence de l'obligation primaire et non une conséquence secondaire d'une violation et que, en tant que telle, elle n'avait pas sa place dans le projet d'articles. Comme il l'avait expliqué au paragraphe 50 du rapport, le Rapporteur spécial considérait que le projet devrait traiter de la question de la cessation parce que celle-ci ne se posait que s'il y avait eu violation et qu'elle en était une conséquence; parce qu'elle était liée à d'autres conséquences secondaires de la violation, par exemple les contre-mesures; et parce qu'elle était au cœur de la plupart des affaires mettant en jeu la responsabilité des États, comme le prouvait l'importance, par exemple, des déclarations visant à la cessation du fait illicite et au rétablissement du lien juridique mis à mal par la violation.

76. Le Rapporteur spécial a proposé de poser le principe général de la cessation dans un article unique révisé 36 *bis*³¹, qui tenait compte du fait que la question de la cessation ne pouvait

³⁰ Le texte de l'article 36 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 36

Contenu de la responsabilité internationale

La responsabilité internationale d'un État qui, conformément aux dispositions de la première partie, est engagée par un fait internationalement illicite entraîne des conséquences juridiques énoncées dans la présente partie.

A/CN.4/507, p. 59. Pour l'analyse de l'article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 17 et 18.

se poser que si l'obligation primaire demeurait en vigueur et qui énonçait l'obligation eu égard à la notion de fait illicite continu retenue dans la première partie du projet d'articles. Quant à son emplacement, le principe général de la cessation devrait logiquement précéder le principe de réparation, parce qu'il pourrait se trouver qu'une violation soit portée à la connaissance de l'État responsable, que celui-ci mette fin immédiatement au comportement incriminé et que l'affaire en reste là.

c) Assurances et garanties de non-répétition (suite de l'article 36 bis)

77. Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur les deux types de conséquences d'un fait internationalement illicite : les conséquences prospectives, à savoir la cessation et les assurances et garanties de non-répétition, à supposer que l'obligation subsiste; et les conséquences rétrospectives, à savoir la réparation, autrement dit le fait de remédier aux dommages causés par la violation. Cette démarche cohérente supposait que la question des assurances et garanties de non-répétition soit traitée avec la cessation dans un article unique en tant que deux conditions du rétablissement de la relation juridique à laquelle la violation avait porté atteinte : premièrement, la cessation de la violation, et deuxièmement, le cas échéant, l'octroi de garanties de non-répétition. Partant du constat que des assurances et garanties de non-répétition suffisantes pouvaient aller d'arrangements éminemment rigoureux à de simples promesses ou engagements selon le cas, le Rapporteur spécial n'a pas vu d'autre solution que d'employer le mot quelque peu imprécis "appropriées" et d'insérer le membre de phrase "d'offrir des assurances et garanties appropriées que ce comportement ne se répétera pas" de manière à assurer une certaine souplesse.

d) Le principe général de la réparation (article 37 bis et paragraphes 3 et 4 de l'article 42)

78. Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur deux problèmes que le texte sous sa forme actuelle soulevait. Premièrement, le principe général de la réparation était énoncé, dans tout

³¹ Le texte de l'article 36 bis proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 36 bis

Cessation

1. Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues par les présents articles sont sans incidences sur le maintien du devoir de l'État concerné d'exécuter l'obligation internationale.
2. L'État auquel est imputable le fait internationalement illicite est tenu :
 - a) si le comportement illicite se poursuit, d'y mettre un terme;
 - b) d'offrir des assurances et des garanties appropriées que ce comportement ne se répétera pas.

A/CN.4/507, p. 59. Pour l'analyse de l'article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 44 à 52.

le corps du projet d'articles, en tant que droit de l'État lésé, alors que la notion d'État lésé apparaissait au milieu d'une construction logique sans raisonnement cohérent, au lieu d'apparaître au début, comme suggéré par la France, ou à la fin, comme proposé par le Rapporteur spécial Ago. En d'autres termes, le projet d'articles passait, en plein milieu, de dispositions s'adressant à l'État responsable à des dispositions s'adressant à l'État lésé. Deuxièmement, la détermination des droits de l'État lésé supposait que ce dernier soit le seul État en cause, ce qui aboutissait de fait à "bilatéraliser" des relations juridiques en attribuant ces droits individuellement à tel ou tel État. La situation ainsi créée était intolérable dans le cas d'une responsabilité vis-à-vis de plusieurs États ou de la communauté internationale dans son ensemble. Le Rapporteur spécial a proposé de régler ces problèmes en formulant le principe général de la réparation sous forme d'obligation pour l'État auteur du fait internationalement illicite de réparer, sous une forme appropriée, les conséquences de ce fait, et en traitant dans une section suivante de la deuxième partie ou dans la deuxième partie *bis* de la question de savoir qui pouvait invoquer la responsabilité de cet État et sous quelle forme cela pouvait être fait.

79. De plus, le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur trois problèmes liés à l'application du principe général de la réparation déjà énoncé en tant que droit d'un État lésé au paragraphe 1 de l'article 42. Premièrement, il considérait qu'un État était responsable des conséquences directes ou immédiates de son comportement, nonobstant l'existence de causes concomitantes, et n'était pas d'accord sur ce point avec le commentaire de l'article 42. Dans cet esprit, il a proposé une disposition simple, conscient de ce que le problème du préjudice indirect ne pouvait être réglé qu'à travers l'application des règles propres aux faits donnés et que les différents systèmes juridiques l'abordaient de différentes manières. Deuxièmement, le Rapporteur spécial a fait observer que le paragraphe 3 de l'article 42 avait soulevé de la part de certains gouvernements de vives critiques. Le principe fondamental, à savoir celui énoncé dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*³², était que l'État responsable devait réparer les conséquences de son fait illicite, et dans la mesure où il supposait l'existence d'un lien de causalité "direct et pas trop lointain", il n'y avait aucune raison de craindre que cette obligation ne prive l'État en question de ses propres moyens de subsistance. La situation de l'État responsable pourrait influencer sur la forme que la réparation pourrait revêtir, le moment où elle pourrait intervenir et les modalités selon lesquelles elle pouvait intervenir. En outre, dans des cas extrêmes, comme dans l'affaire de l'*Indemnité russe*³³, il se pourrait qu'un État soit contraint de différer le versement de l'indemnisation jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'y procéder. Mais, hormis le cas des demandes de réparation exigées à la fin de la Première Guerre mondiale, qui furent un échec, il n'existait aucun précédent qui justifie de prévoir une limite de ce genre. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a proposé de supprimer le paragraphe 3 de l'article 42 et de traiter des problèmes liés aux différentes formes spécifiques de réparation au chapitre II. Troisièmement, le Rapporteur spécial a proposé de supprimer le paragraphe 4 de l'article 42, dès lors que le principe qui y était énoncé l'était déjà à l'article 4.

³² *CPJI*, 1927, série A, No 9.

³³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (1912), p. 431.

Il a donc proposé que le principe général de la réparation énoncé à l'article 37 *bis* soit incorporé au chapitre premier de la deuxième partie³⁴.

e) Autres conséquences juridiques découlant du droit international coutumier (article 38)

80. Le Rapporteur spécial s'est déclaré sceptique, pour deux raisons, quant à l'utilité de l'article 38³⁵. Premièrement, le principe de la *lex specialis* voulait que les conséquences d'une violation soient régies par les règles spécifiques du droit conventionnel ou du droit international coutumier applicable. Deuxièmement, la Commission n'avait pas recensé d'autres conséquences générales d'une violation au regard du droit international que celles énumérées dans la deuxième partie. Il était fait état dans le commentaire de deux conséquences d'un fait illicite, mais aucune d'elles n'avait de rapport avec le sujet de la responsabilité. Si la Commission devait déterminer avec précision d'autres conséquences d'un fait internationalement illicite dans le cadre de la responsabilité des États, elle devrait alors chercher à indiquer en quoi elles consistaient. Le seul argument en faveur du maintien de l'article 38 était le principe général de droit énoncé dans la maxime *ex injuria jus non oritur*, selon lequel lorsqu'un État avait commis un fait illicite, il ne pouvait invoquer ce fait pour se sortir d'une situation donnée. La Cour avait cité ce principe dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*³⁶, en en tirant des conséquences particulières au regard de l'extinction des traités plutôt que de la responsabilité, mais il était possible de

³⁴ Le texte de l'article 37 *bis* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 37 *bis*

Réparation

1. Un État auquel est imputable un fait internationalement illicite est tenu à la réparation intégrale de ses conséquences.
2. La réparation intégrale élimine les conséquences du fait internationalement illicite sous forme de restitution en nature, indemnisation, satisfaction, soit séparément, soit en combinaison, conformément aux dispositions des articles suivants.

A/CN.4/507, p. 59. Pour l'analyse de l'article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 23 à 43.

³⁵ Le texte de l'article 38 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 38

Conséquences diverses d'un fait internationalement illicite

Les règles du droit international applicables continuent de régir les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État qui ne sont pas énoncées dans les dispositions de la présente partie.

A/CN.4/507, p. 59. Pour l'analyse de l'article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 60 à 65.

³⁶ Affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *CIJ Recueil 1997*, p. 7.

concevoir que des obligations juridiques puissent naître dans des contextes spécifiques sous l'effet du principe *ex injuria jus non oritur*.

81. À propos de son emplacement, le Rapporteur spécial a estimé que, s'il était maintenu, l'article 38 devrait demeurer dans la deuxième partie parce qu'il touchait à d'autres conséquences d'une violation, contrairement aux clauses de sauvegarde énoncées aux articles 37 et 39, lesquels pourraient être incorporés dans une quatrième partie consacrée aux dispositions générales.

5. Résumé du débat sur la deuxième partie

Chapitre premier. Principes généraux

a) Disposition liminaire précisant le contenu de la responsabilité internationale (article 36)

82. Le nouveau libellé proposé pour l'article 36, qui stipulait dûment que la responsabilité internationale entraînait des conséquences juridiques, a recueilli un large appui. Il a été cependant fait observer aussi que le texte de l'article 36 soulevait le même problème que le titre de la deuxième partie, dès lors que la deuxième partie *bis* elle aussi traitait des conséquences d'un fait internationalement illicite. Le titre de l'article 36 a suscité des critiques en ce sens qu'il ne correspondrait pas au contenu de la disposition elle-même. Il a été par ailleurs proposé que, dans le texte français, le membre de phrase "est engagée par un fait" soit remplacé par le membre de phrase "est engagée à raison d'un fait", car la responsabilité d'un État ne saurait être engagée par le fait lui-même.

b) Le principe général de la cessation (article 36 *bis*)

83. L'article 36 *bis* proposé par le Rapporteur spécial a été approuvé, en particulier pour la raison exposée au paragraphe 50 de son rapport. De même, on a soutenu l'idée d'une disposition unique liant les notions connexes de cessation et d'assurances et garanties de non-répétition. Selon une opinion cependant, ces trois notions, bien qu'analogues à certains égards, étaient distinctes et devraient faire l'objet d'articles distincts.

84. Il a été proposé de remplacer l'intitulé du nouvel article 36 *bis* proposé par le titre "Cessation et non-répétition", parce que la cessation et les assurances ou garanties de non-répétition étaient deux notions différentes. On a relevé aussi que l'intitulé de l'article 36 *bis* n'était pas satisfaisant parce qu'il ne se référait pas à la continuité de la validité de l'obligation violée.

85. S'agissant du paragraphe 1, il a été jugé important de réaffirmer que l'obligation internationale primaire, même en cas de violation, continuait d'être en vigueur et devait être exécutée par l'État considéré.

86. Il conviendrait, à l'alinéa a) du paragraphe 2, de souligner le lien avec les obligations primaires plutôt que la continuité des conséquences de l'illicéité, comme envisagé dans le texte de l'article 36 proposé par la France et reproduit au paragraphe 52 du rapport. D'autre part, il conviendrait d'éviter de parler dans le texte de la cessation du fait internationalement illicite "si le comportement illicite se poursuit", parce que non seulement la notion de fait illicite continu était en soi difficile à déterminer et à utiliser, mais encore parce que l'obligation de cessation

s'appliquait aussi lorsqu'une série de faits instantanés était en cause. Le Rapporteur spécial est convenu que la notion en question n'était pas liée exclusivement à celle de fait illicite continu : en effet, on pouvait se trouver en présence d'une série de violations individuelles qui n'étaient pas des violations continues mais une succession de violations dans cette série. De telles violations n'en appelaient pas moins une demande de cessation et peut-être des assurances et garanties de non-répétition.

c) Assurances et garanties de non-répétition (suite de l'article 36 bis)

87. On a souscrit à l'idée d'incorporer dans le projet d'articles une disposition sur le devoir de donner des assurances et des garanties de non-répétition, parce qu'il était des cas où les risques de répétition étaient réels et où les pays ne pourraient s'en tirer tout simplement en s'excusant chaque fois. On a exprimé l'avis qu'il était nécessaire de prévoir des assurances et garanties de non-répétition appropriées, tout en reconnaissant qu'elles ne seraient pas possibles dans tous les cas. Par exemple, une garantie de non-répétition s'imposerait tout particulièrement dans le cas d'une violation commise en employant la force, afin de rassurer la victime de la violation. Du point de vue du droit, donner une garantie de non-répétition constituerait un engagement supplémentaire qui s'ajouterait à l'engagement initial qui avait été violé. On a souligné qu'une telle garantie pouvait revêtir diverses formes, par exemple la forme d'une déclaration devant un tribunal, qui pouvait ou non être incorporée dans la décision du tribunal, ou la forme d'une déclaration diplomatique, qui ne serait pas faite nécessairement au cours de la procédure. Il a été estimé que le rapport prouvait raisonnablement l'existence d'une pratique des États pour justifier l'inclusion à l'article 36 bis de la notion d'assurances et garanties de non-répétition. D'autre part, l'attention a été appelée sur certaines mesures figurant dans des traités de paix signés après la Seconde Guerre mondiale et sur la décision prise récemment par le Groupe spécial de règlement des différends de l'OMC sur l'article 301 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis.

88. D'autres membres se sont interrogés sur la nécessité de maintenir une disposition sur des assurances et garanties de non-répétition appropriées. Tout en reconnaissant que, dans la pratique diplomatique quotidienne, les gouvernements donnaient souvent ce genre d'assurances, on a fait observer qu'il était douteux qu'une déclaration dans ce sens faite sous forme d'engagement politique ou moral puisse être tenue pour une conséquence juridique de la responsabilité. On a donc considéré que la disposition en question n'avait aucune utilité sur le plan juridique et qu'elle pourrait être supprimée. Certains membres ont aussi émis l'avis que la pratique des États était trop peu abondante pour justifier la concrétisation de cette idée sous forme de règle de droit. On a fait observer qu'il n'existait pas de cas où des tribunaux avaient donné des assurances et garanties de non-répétition. On s'est aussi interrogé sur la place effective que celles-ci occupaient dans la pratique actuelle des États, parce qu'elles semblaient être un héritage direct de la diplomatie du XIXe siècle.

89. Le Rapporteur spécial a répondu qu'au XIXe siècle des cas s'étaient produits dans lesquels des demandes de garanties et d'assurances avaient été formulées et mises en œuvre de façon contraignante. Mais il existait des exemples récents de garanties et d'assurances fournies sous forme de déclaration devant un tribunal et de demandes de garanties et d'assurances faites sans contrainte. De plus, comme les détracteurs de la notion eux-mêmes l'admettaient, il était

fréquent, dans la pratique des États, par exemple que l'État accréditant donne à l'État accréditaire des assurances et garanties concernant la sécurité des locaux diplomatiques.

90. On a exprimé l'avis que dans le cas où une loi interne obligeait des organes étatiques à agir d'une manière incompatible avec le droit international, c'était l'application de cette loi, et non la loi elle-même, qui constituait une violation du droit international. Des assurances et garanties de non-répétition pouvaient être un moyen d'obliger un État à mettre son comportement en conformité avec le droit international, par exemple en abrogeant ou en modifiant la loi en question. On a cependant noté aussi que la responsabilité de l'État pouvait être engagée à raison de l'adoption d'une loi, par exemple une loi organisant un génocide ou une loi donnant aux forces de police le pouvoir de commettre des actes de torture. On a fait valoir aussi que des assurances et garanties de non-répétition étaient nécessaires dans les cas où les lois d'un État et leur application donnaient lieu à de graves violations qui, sans être continues, étaient récurrentes. Le Rapporteur spécial a noté qu'il s'agissait là d'un sujet extrêmement délicat parce qu'il touchait au rapport entre le droit international et le droit interne. Généralement, la simple existence dans le droit interne de dispositions susceptibles dans certaines circonstances de donner lieu à une violation ne constituait pas en soi une violation du droit international, parce que, notamment, les dispositions en cause pouvaient être appliquées d'une manière compatible avec le droit international.

91. Il a été fait observer que l'adéquation et l'applicabilité des assurances et garanties de non-répétition variaient considérablement selon le contexte considéré et que, en conséquence, le libellé de l'alinéa b) du paragraphe 2, devrait être très souple et général. Il a été reconnu que remplacer les mots "le cas échéant" par l'expression "si les circonstances l'exigent", comme proposé par la République tchèque à la Sixième Commission, limiterait le champ d'application de la disposition. On a fait valoir aussi que les assurances et garanties de non-répétition devraient être fonction de deux paramètres : la gravité de la violation et la probabilité de sa répétition. Le Rapporteur spécial est convenu qu'il serait utile de clarifier la notation d'assurances et garanties de non-répétition et de faire état dans le commentaire de la question de la gravité de la violation et du risque de répétition.

d) Le principe général de la réparation (article 37 *bis* et paragraphes 3 et 4 de l'article 42)

92. L'article 37 *bis* proposé par le Rapporteur spécial a été appuyé.

93. Il a été relevé que la question de la réparation était liée à l'intention sous-jacente au fait illicite, dès lors qu'un fait illicite délibéré n'entraînait pas pour l'État auteur le même degré de responsabilité qu'un fait illicite résultant d'une simple négligence. On a souscrit à l'idée de prendre en considération à l'article 37 *bis* l'élément de l'intention.

94. Selon une opinion exprimée à propos du paragraphe 1, il n'était pas logique de parler dans la deuxième partie du projet d'articles des conséquences d'un fait internationalement illicite : cette conséquence était la responsabilité elle-même, et il s'agissait dans la deuxième partie des conséquences découlant à leur tour de la responsabilité. Il a été suggéré de reformuler le paragraphe, suivant un libellé du genre "Un État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu à la réparation intégrale des conséquences de ce fait". Il a été aussi suggéré de le

remplacer par le texte suivant : "Un État internationalement responsable est tenu à la réparation intégrale des conséquences du fait internationalement illicite qu'il a commis".

95. L'avis a été exprimé que la référence faite au paragraphe 1 à la "réparation intégrale" était sujette à caution pour les raisons suivantes : l'objectif n'était pas la réparation intégrale, mais une réparation aussi étendue que possible afin de remédier aux conséquences du fait illicite; la réparation intégrale n'était possible que dans le cas de contrats purement commerciaux où les dommages étaient quantifiables; l'obligation de réparation pouvait évoluer constamment en fonction des circonstances de l'espèce et si la partie lésée ne prenait pas les mesures voulues pour atténuer les dommages, comme l'illustrait l'affaire *Zafiro*³⁷; et il importait de tenir compte de l'aptitude de l'État responsable à payer, car un État ne devait pas être ruiné. En réponse à l'idée que l'atténuation des dommages, si elle n'intervenait pas, entraînait logiquement une réduction de la réparation, l'avis a été émis qu'en fait l'atténuation conduisait à une réduction des dommages donnant lieu à réparation. Il a été déclaré en outre que le fait qu'il était difficile de quantifier la réparation dans un cas donné ne signifiait pas que les règles n'étaient pas valides. Il a été par ailleurs jugé déraisonnable d'abandonner la notion de réparation intégrale, car celle-ci n'avait pas soulevé de critiques de la part des gouvernements et que la Commission devrait se polariser moins sur la situation de l'État auteur que sur le préjudice subi par un État à raison du fait illicite d'un autre État.

96. Les mots "flowing from that act" figurant au paragraphe 1 de l'article 37 *bis* du texte anglais ont été interprétés comme visant à introduire un lien de causalité entre le fait d'une part et le dommage ou préjudice d'autre part, sans mentionner effectivement ces derniers. Le mot "flowing" n'était pas très clair, et il serait en outre préférable d'employer le membre de phrase "réparation de toutes les conséquences de ce fait illicite".

97. L'avis a été exprimé que l'obligation de réparation ne s'étendait pas aux effets indirects ou lointains d'une violation, par opposition aux effets directs ou immédiats. Il a été en outre déclaré que le critère d'origine coutumière de l'existence d'un lien de causalité suffisant entre le comportement et le préjudice devrait s'appliquer à l'indemnisation tout autant qu'au principe de la réparation. De même, on a dit que seules les conséquences directes ou immédiates, et non toutes les conséquences d'une infraction, devraient donner lieu à une réparation intégrale. À propos du caractère direct du préjudice, la chaîne de causalité, ou de "transitivité", devait être directe et ininterrompue; en revanche, la cause pouvait ne pas être immédiate. Tôt ou tard, la Commission devrait procéder à une étude générale de la causalité. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'application de la notion de "préjudice indirect" dépendait du contexte juridique considéré et aussi des faits eux-mêmes. Il a noté par ailleurs qu'il y avait accord sur la nécessité d'approfondir la réflexion sur la question du préjudice direct ou immédiat dans le contexte de l'article 37 *bis*.

³⁷ *D. Earnshaw and others (Great Britain) v. United States, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 160.

98. L'opportunité d'établir ou non un ordre de priorité entre les modes de réparation énumérés au paragraphe 2 a suscité des observations diverses. Certains membres se sont inquiétés de voir que la restitution en nature était sur le même plan que d'autres formes de réparation, à savoir l'indemnisation et la satisfaction.. L'attention a été appelée sur l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, dans laquelle la priorité avait été accordée à la restitution en tant que mode de réparation le mieux indiqué en ce qu'elle permettait de rétablir autant que possible la situation qui existait avant la violation. Selon une opinion inverse, la restitution n'était pas une conséquence générale d'un fait illicite, mais plutôt un mode de réparation facultatif dont l'applicabilité dépendait des règles primaires, c'est-à-dire du contexte juridique considéré, lesquelles détermineraient si le mode de réparation approprié était l'indemnisation ou la restitution. Le Rapporteur spécial a fait observer que l'article 37 *bis* ne privilégiait ni la restitution ni l'indemnisation, alors que l'article 43, sous sa forme actuelle, faisait de la restitution le mode de réparation premier. Il entendait revenir sur cette question dans le contexte de l'examen de l'article 43.

99. On a fait valoir avec préoccupation à propos du paragraphe 2 que, s'il était vrai que la réparation intégrale pouvait effacer les conséquences juridiques du fait internationalement illicite, il n'en demeurerait pas moins que ses conséquences matérielles ou factuelles pouvaient subsister : en effet, la réparation ne visait pas dans tous les cas à effacer les conséquences du fait; parfois elle visait à compenser le préjudice subi à raison du fait. Il a donc été proposé de modifier l'expression "éliminer les conséquences". Néanmoins, la proposition visant à remplacer le mot "éliminer" par une autre expression a été jugée peu satisfaisante, car l'idée était d'effacer les conséquences du fait illicite et non le fait lui-même, ce qui était manifestement impossible, et la nouvelle formulation ne rendrait plus l'idée originale.

100. Des vues divergentes ont été exprimées à propos du maintien, dans le cadre de la réparation visée à l'article 37 *bis*, de la disposition du paragraphe 3 de l'article 42, selon laquelle la réparation ne devait pas avoir pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance. Certains membres se sont déclarés favorables au maintien de cette disposition, qui revêtait une importance capitale pour les pays en développement. On a noté que l'article 37 *bis* ne reprenait pas la disposition du paragraphe 3 de l'article 42, à propos de laquelle des gouvernements avaient soulevé des objections au motif que des États pourraient l'invoquer abusivement pour se soustraire à leurs obligations juridiques et qu'elle pourrait éroder le principe de la réparation intégrale. Parallèlement, on a estimé que cette disposition était valide en droit international. À cet égard, l'attention a été appelée sur les effets que les réparations de guerre exigées de l'Allemagne après la Première Guerre mondiale avaient eus sur le traité de paix conclu en 1951 entre le Japon et les puissances alliées. De même, l'attention a été appelée sur certaines législations nationales, prévoyant l'exemption de saisie pour des biens de première nécessité. On a fait observer que le problème pouvait être réglé en invoquant les circonstances excluant l'illicéité, comme suggéré au paragraphe 41 du rapport. On a noté par ailleurs que le Traité d'État autrichien de 1955 contenait une disposition comparable sur la protection des moyens de subsistance. On s'est demandé si le cas du Japon cité pouvait relever de l'article 33, relatif à l'état de nécessité. Mais l'article 33 a été jugé insuffisant, parce qu'il traitait d'une circonstance excluant l'illicéité d'un fait donné, alors que le paragraphe 3 de l'article 42 concernait non pas l'illicéité mais l'aspect humanitaire lié à la remise d'une dette et à la restauration de la paix à l'issue d'un conflit. L'avis a été émis que la disposition n'était pas

applicable à la réparation intégrale, mais qu'elle l'était à l'indemnisation. On a aussi fait observer que cette question devrait être revue dans le cadre de l'examen des contre-mesures.

101. Selon le Rapporteur spécial, la situation n'était couverte ni par l'état de nécessité, ni par la détresse, qui étaient davantage des motifs de report du versement de l'indemnisation que des motifs d'annulation d'obligations. Ce qui s'était passé lors du traité conclu en 1951 avec le Japon, était que les puissances alliées, pour diverses raisons, y compris le souvenir des terribles erreurs commises à la fin de la Première Guerre mondiale, avaient décidé de ne pas insister sur le versement de réparations. Dans un certain sens, il s'agissait d'un acte de générosité, et ce qu'elles avaient donné leur avait été rendu au centuple depuis lors. Mais cela voulait dire aussi qu'il était inutile d'insister pour obtenir réparation si celle-ci devait avoir pour effet de réduire l'État qui devait les payer à la mendicité. Des situations aussi extrêmes posaient un problème qui n'était pas envisagé par les circonstances excluant l'illicéité. Le problème auquel la Commission devait faire face était que le libellé du paragraphe 3 de l'article 42, repris de traités relatifs aux droits de l'homme, était là pour exprimer cette préoccupation dans les cas extrêmes. D'autre part, un certain nombre de gouvernements de diverses régions du monde avaient critiqué cette disposition au motif qu'elle se prêtait à des abus. La Commission admettait, spécialement dans le cas des contre-mesures mais aussi pour ce qui était de l'ampleur de la réparation, que des problèmes puissent se poser et qu'exiger que le préjudice soit direct ne suffisait pas à cet égard. Le Comité de rédaction devrait examiner s'il était possible de refléter cette préoccupation d'une manière ou d'une autre. Le Rapporteur spécial est convenu aussi que la Commission devrait revenir, lors de l'examen de la question des contre-mesures, sur les limites envisagées au paragraphe 3 de l'article 42.

102. Le paragraphe 4 de l'article 42 a été jugé superfétatoire compte tenu du paragraphe 1 de l'article 4. Selon une opinion opposée, l'article 4 n'englobait pas les cas visés au paragraphe 4 de l'article 42 et il serait donc plus sage de maintenir celui-ci, ou à défaut d'élargir la portée de l'article 4.

e) Autres conséquences juridiques découlant du droit international coutumier (article 38)

103. Certains membres ont émis l'avis que l'article 38 devrait être maintenu. Son champ d'application ne devrait pas être limité aux règles du droit international coutumier, des règles issues d'autres sources pouvant être aussi pertinentes. En revanche, d'autres membres sont convenus avec le Rapporteur spécial que l'article 38 n'apportait rien quant au fond et qu'il pourrait donc être supprimé sans peine.

104. Un certain nombre de suggestions ont été formulées à propos de cette disposition. Le titre pouvait être amélioré, en remplaçant les mots "conséquences diverses" par les mots "autres conséquences", car les mots "conséquences diverses" englobaient aussi les conséquences énumérées dans les articles précédents. De même, la disposition pourrait être reformulée en des termes positifs, de manière à indiquer à l'aide d'exemples certaines des conséquences juridiques qui n'avaient pas été énoncées, au lieu d'essayer de renvoyer à l'ensemble des conséquences prévues dans le droit coutumier et d'incorporer une clause de sauvegarde qui tiendrait compte de tout ce qui aurait pu être omis. En outre, il a été suggéré de libeller une clause de sauvegarde de ce type sur le modèle de l'article 73 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ou alors de renvoyer à cet article dans le commentaire. Il a été également suggéré de faire état, dans la

quatrième partie ou dans une partie consacrée aux règles de droit relatives expressément aux conséquences du fait illicite (*lex specialis*), des conséquences qui ne relevaient pas du droit de la responsabilité des États, par exemple le droit de mettre fin à un traité qui avait fait l'objet d'une violation substantielle ou le fait qu'un État occupant un territoire par la force n'était pas en droit de prétendre aux prérogatives qui s'attachaient à la possession d'un territoire. Il a été enfin suggéré de fondre les articles 38 et 37 (*lex specialis*) en une disposition unique.

105. Certains membres se sont demandé si l'incorporation de l'article 38 dans la deuxième partie n'en limitait pas l'application. Un certain nombre de suggestions ont été formulées aussi sur ce point, notamment : renvoyer, à l'article 38, aux première et deuxième parties; incorporer la disposition dans la partie consacrée aux dispositions générales de manière à indiquer ainsi qu'elle s'appliquait à l'ensemble du projet d'articles; ou l'incorporer dans le préambule par analogie avec d'autres conventions. La suggestion tendant à incorporer cette disposition dans un préambule a suscité des observations diverses, ainsi que des préoccupations en ce sens que le projet d'articles pourrait ne pas revêtir la forme d'une convention et que la disposition pourrait soulever des problèmes au regard des autres articles.

106. Le Rapporteur spécial a relevé que le maintien de l'article 38, sous une forme ou sous une autre, semblait recueillir un appui général. Il appartiendrait au Comité de rédaction de décider s'il figurerait dans la deuxième partie ou dans la quatrième partie.

6. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre premier

107. Résumant le débat sur les articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38, le Rapporteur spécial a noté que la Commission avait bien progressé sur de nombreux points, même si un certain nombre de questions demeuraient, qui seraient tranchées en définitive lors de l'examen d'autres aspects du rapport.

108. Se référant aux différents articles qu'il avait proposés, le Rapporteur spécial a noté que le débat qui s'était tenu sur le libellé du titre aussi bien de la deuxième partie que des différents articles avait été utile. Il appartenait désormais au Comité de rédaction d'examiner toutes les propositions de forme qui avaient été formulées. Il semblait généralement admis que les quatre articles en question devraient être renvoyés au Comité de rédaction et qu'ils devraient être maintenus, quelque part dans le projet d'articles. À cet égard, le Rapporteur spécial a déclaré avoir été persuadé de la nécessité de maintenir l'article 38, soit dans la quatrième partie, soit dans le préambule, selon les propositions que le Comité de rédaction ferait sur ce point.

109. De même, il était généralement admis que l'article 36 *bis* devrait énoncer le principe général de la cessation, et l'article 37 *bis* celui de la réparation, de manière à assurer un équilibre à l'intérieur du chapitre premier. D'intéressantes observations de forme avaient été faites, et il avait été souligné notamment à propos de l'article 36 *bis* que le problème de la cessation et surtout celui des assurances et garanties de non-répétition se posaient non seulement dans le cadre d'un fait illicite continu mais aussi dans celui d'une série de faits dont on pensait qu'ils auraient probablement un caractère de continuité, même si chacun d'entre eux pouvait être appréhendé individuellement. Il appartiendrait au Comité de rédaction de voir si la référence, faite à l'alinéa a) du paragraphe 2, à la poursuite du comportement illicite s'imposait.

110. L'alinéa b) du paragraphe 2 visant les assurances et garanties de non-répétition, il conviendrait peut-être de modifier en conséquence le titre de l'article sous sa forme actuelle, qui était "Cessation". Quant au maintien de cet alinéa lui-même, des vues divergentes avaient été exprimées. Il ressortait cependant sans ambiguïté du débat que la majorité des membres de la Commission y était favorable. Il y avait lieu de rappeler qu'aucun gouvernement n'avait proposé de supprimer l'article 46 intitulé "Assurances et garanties de non-répétition" tel qu'adopté en première lecture, même s'il avait été suggéré de le déplacer. Répondant aux observations selon lesquelles il n'existerait pour ainsi dire pas d'exemples de garanties de non-répétition données devant un tribunal, le Rapporteur spécial a admis qu'ils étaient très peu nombreux; en revanche, ils étaient courants dans la pratique diplomatique. Il a fait observer cependant que la sentence rendue dans l'affaire du *Rainbow Warrior*³⁸ renfermait certains éléments qui pouvaient être perçus comme entrant dans la catégorie d'assurances et garanties de non-répétition. Comme il avait été noté précédemment, le projet d'articles relevait essentiellement des relations entre États, mais il n'en était pas moins vrai que les tribunaux pourraient avoir à en appliquer les dispositions si le problème ne pouvait pas être réglé par la voie diplomatique. Il était vrai que fréquentes étaient les assurances et garanties de non-répétition données par des gouvernements en réponse à une violation d'une obligation, même si le fait internationalement illicite n'était pas continu. Le Comité de rédaction pourrait remanier le libellé de l'alinéa, compte tenu de la proposition de la République tchèque visée au paragraphe 56 du troisième rapport et en faisant mention peut-être de la gravité du comportement illicite et de la probabilité de sa répétition, en s'inspirant de l'article correspondant adopté en première lecture.

111. L'article 37 *bis* avait soulevé plusieurs difficultés, s'agissant en particulier de l'expression "réparation intégrale". On s'était demandé si elle devait être maintenue. Dans la mesure où elle figurait dans le texte original de l'article et qu'elle n'avait pas fait l'objet de critiques particulières de la part des gouvernements, il serait préférable de la maintenir. Force était cependant de reconnaître qu'un problème d'équilibre se posait. La mise en cause du maintien de la disposition tenait compte presque exclusivement du point de vue de l'État responsable, mais, comme il avait été souligné, la Commission devait aussi tenir compte des préoccupations de l'État victime du fait internationalement illicite. Il était vrai que dans des cas extrêmes l'obligation de réparation intégrale pouvait effectivement réduire l'État responsable à la misère. Des mesures de sauvegarde pourraient donc s'imposer pour faire face à cette situation, sans que cela remette en cause le principe de la réparation intégrale. À propos des mots "élimine les conséquences" figurant au paragraphe 2 de l'article 37 *bis*, il avait été souligné à juste titre qu'il était impossible d'éliminer totalement les conséquences d'un fait internationalement illicite. D'ailleurs, dans son arrêt sur l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, la Cour permanente de Justice internationale avait indiqué que la réparation devait "autant que possible" effacer les conséquences du fait illicite. Il appartiendrait donc au Comité de rédaction de déterminer si l'expression "réparation

³⁸ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (30 avril 1990), p. 217.

intégrale" pouvait être incluse telle quelle ou si la question devait être traitée dans le commentaire.

112. Un accord général s'était dégagé sur la notion de causalité qu'impliquait la notion de réparation, et sur la nécessité par conséquent de l'exprimer. Sur ce point également, il appartiendrait au Comité de rédaction de déterminer si cette notion était formulée correctement au paragraphe 1 de l'article 37 *bis*.

113. Le maintien de l'article 38 avait recueilli un appui quasi général, mais des divergences d'opinions avaient été exprimées quant à son emplacement. Le Comité de rédaction pourrait déterminer s'il conviendrait de l'inclure dans la quatrième partie proposée.

7. Présentation par le Rapporteur spécial de la question du droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État (article 40 *bis*)

114. Le Rapporteur spécial a noté que l'article 40 posait des problèmes à divers égards. Dans le cas de pluralité d'États lésés, il ne reconnaissait pas à chacun d'eux le droit de réclamer la cessation et ne faisait pas de distinction entre les droits à cessation et à réparation pour ces États, qui pouvaient être différemment atteints par la violation, matériellement ou autrement. Tel qu'il était rédigé, il exposait des exemples plus que des concepts, d'où une certaine confusion et des chevauchements. Sur le chapitre des obligations multilatérales, en particulier, il traitait de toute une série de concepts sans les distinguer, surtout aux alinéas e) et f) du paragraphe 2 et au paragraphe 3, ni indiquer comment ils étaient liés entre eux. Le Rapporteur spécial a relevé que les dispositions du paragraphe 3 étaient redondantes dans le contexte de l'article 40, car en cas de crime international, au sens de la définition retenue dans le projet, les conditions prévues par d'autres paragraphes de l'article 40 auraient déjà été remplies. Les aspects du problème qui étaient actuellement traités par les articles 19 et 51 à 53 demanderaient à être réglés ultérieurement par de nouvelles dispositions.

115. Le Rapporteur spécial voyait deux manières possibles d'envisager l'article 40 : soit donner une définition simple, qui aurait pour effet de renvoyer aux règles primaires ou au fonctionnement général du droit international pour résoudre les questions se rapportant à l'identification de personnes (ce qui serait une version assez extrême mais défendable de la distinction entre règles primaires et règles secondaires); soit expliquer plus précisément comment la responsabilité fonctionnait lorsque le dommage aurait été causé à une pluralité d'États ou à la communauté internationale dans son ensemble. Il a proposé à la Commission de retenir la première formule pour les obligations bilatérales, en se contentant d'indiquer dans une unique disposition qu'aux fins du projet d'articles un État serait lésé par un fait internationalement illicite d'un autre État s'il était individuellement le bénéficiaire de l'obligation violée. Les dispositions compliquées des alinéas a), b), c) et d) du paragraphe 2 de l'article 40 seraient inutiles puisque le droit international dirait quand les obligations bilatérales étaient applicables. En revanche, comme c'était dans ce contexte que se posait le véritable problème, il a proposé une solution plus élaborée et plus argumentée pour les obligations multilatérales, pas tant les obligations envers plusieurs États qu'une obligation unique à l'égard d'un groupe d'États, de tous les États ou de la communauté internationale dans son ensemble.

116. Le Rapporteur spécial a observé qu'étaient apparues, à une époque relativement récente, des catégories d'obligations dont un groupe d'États pouvait en un sens être bénéficiaire et dont la violation entraînait des conséquences qui n'étaient pas seulement bilatérales, évoquant à ce propos notamment l'affaire de la *Barcelona Traction*³⁹. À son sens, il y avait lieu d'adopter trois catégories distinctes d'obligations multilatérales : tout d'abord, les obligations, uniques en chaque cas, envers la communauté internationale dans son ensemble, *erga omnes*, deuxièmement, les obligations envers toutes les parties à un régime particulier, *erga omnes partes*, et troisièmement, les obligations envers certains ou plusieurs États, mais à l'exécution desquelles des États particuliers étaient reconnus avoir un intérêt juridique. Le Rapporteur spécial a insisté sur la nécessité de distinguer entre les différents États atteints différemment par une violation dans le cadre de la responsabilité des États, ainsi qu'il l'exposait aux paragraphes 108 et suivants de son troisième rapport. Il a aussi appelé l'attention sur la question des réactions qui seraient acceptables de la part des "États lésés" : celle-ci était traitée au tableau 2 (par. 118) du rapport.

117. Pour la reformulation de l'article 40, la Commission devrait s'inspirer de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui distinguait entre les cas où un État partie particulier était spécialement atteint par une violation et ceux où la violation substantielle d'une "obligation intégrale" par l'une des parties modifiait radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution de ses obligations. Autre aspect de la formulation de l'article 40, il faudrait aussi envisager la situation où tous les États parties à une obligation étaient reconnus avoir un intérêt juridique à son exécution. Le Rapporteur spécial ne voyait aucune raison de le stipuler expressément, ni de le limiter aux traités multilatéraux comme le faisait l'article 40 adopté en première lecture.

³⁹ *CIJ Recueil 1970*, p. 3.

118. Le Rapporteur spécial a proposé un article 40 *bis*⁴⁰, en indiquant qu'il serait logique de faire figurer cette disposition dans une nouvelle partie sur l'invocation de la responsabilité.

8. Résumé du débat sur la question du droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État (article 40 *bis*)

a) Remarques générales

119. De l'avis général, l'article 40 adopté en première lecture était insatisfaisant à plusieurs égards, comme le Rapporteur spécial le faisait observer au paragraphe 96 de son rapport et ainsi qu'il ressortait du résumé thématique des débats de la Sixième Commission sur cet article (A/CN.4/504).

120. Plusieurs membres se sont félicités de la proposition d'article 40 *bis* du Rapporteur spécial qui marquait un très grand progrès sur plusieurs points, à savoir : la distinction faite entre les différents types d'obligation pour identifier l'État lésé et la reconnaissance d'un éventail plus

⁴⁰ L'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial est ainsi conçu :

Article 40 *bis*

Droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État

1. Aux fins du présent projet d'articles, un État est lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État si :

- a) Il est individuellement le bénéficiaire de l'obligation transgressée; ou si
- b) Le bénéficiaire de l'obligation en question est la communauté internationale dans son ensemble (*erga omnes*), ou un groupe d'États dont il fait partie, et si la transgression de l'obligation :
 - i) L'atteint spécialement; ou si
 - ii) Elle porte nécessairement atteinte à la jouissance de ses droits ou à l'exécution de ses obligations.

2. En outre, aux fins du présent projet d'articles, un État a un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale à laquelle il est tenu si :

- a) Le bénéficiaire de l'obligation est la communauté internationale dans son ensemble (*erga omnes*);
- b) L'obligation est établie aux fins de la protection des intérêts collectifs d'un groupe d'États, y compris l'État considéré.

3. Le présent article est sans préjudice d'aucun droit découlant de la commission d'un fait internationalement illicite par un État et s'attachant directement à une personne ou une entité quelconques autres qu'un État.

A/CN.4/507, p. 60. Pour l'analyse de cet article faite par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 66 à 118.

large d'obligations internationales, et notamment des obligations *erga omnes*; la distinction établie entre les États lésés et les États ayant un intérêt juridique à l'exécution d'une obligation; enfin, l'accent mis sur le droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État et la place centrale faite aux problèmes de qualité des États pour invoquer la responsabilité dans le cas d'obligations multilatérales et à la question de la mesure dans laquelle les États différemment atteints pourraient invoquer les conséquences juridiques de la responsabilité d'un État. Cependant, un certain nombre de membres considéraient que divers aspects de cette proposition demandaient à être clarifiés ou développés, ainsi qu'il est indiqué ci-dessous.

i) Définition de l'État lésé

121. Selon un point de vue, le projet d'articles devait comprendre une définition de l'État lésé. Remarque a été faite que les gouvernements avaient relevé l'importance d'une telle disposition, qui permettrait de trouver un juste équilibre entre les notions d'"État lésé", "État auteur d'un fait illicite" et État ayant un "intérêt juridique". Toutefois, selon un autre point de vue, l'élaboration d'une définition exhaustive de l'"État lésé" soulèverait des difficultés considérables parce que la matière était extrêmement technique et complexe et qu'il n'était pas possible de se fonder simplement sur le droit coutumier. Il faudrait donc préférer une définition globale, mais qui suive l'orientation générale proposée par le Rapporteur spécial plutôt que celle qui avait été adoptée en première lecture.

ii) Obligations *erga omnes*

122. Aux yeux de certains membres, la catégorie des obligations *erga omnes* devait être réservée aux droits fondamentaux de l'être humain découlant du droit international général et non pas simplement d'un régime conventionnel particulier, conformément à la jurisprudence *Barcelona Traction*. D'autres se sont de leur côté déclarés d'avis que les obligations *erga omnes* ne pouvaient pas nécessairement être assimilées aux obligations fondamentales, normes impératives ou règles de *jus cogens*. De plus, quelques-uns ont mis en garde contre la tentation d'établir une distinction entre les droits fondamentaux de l'être humain et les autres droits de l'homme : pareille distinction serait difficile à mettre en pratique et irait à contre-courant de la tendance actuelle, qui était à une approche unifiée des droits de l'homme. Il a été suggéré que pour définir la notion d'État lésé quand il s'agissait de droits de l'homme, on pourrait peut-être ajouter un critère quantitatif, par opposition au critère qualitatif utilisé pour distinguer les droits fondamentaux des autres droits, afin de ne pas remettre en cause l'unité des droits de l'homme. On a aussi dit qu'il fallait faire une distinction entre les obligations dues individuellement à tous les États constituant la communauté internationale et les obligations qui s'adressaient à cette communauté dans son ensemble.

123. Le Rapporteur spécial a convenu qu'il fallait veiller à ne pas affirmer que tous les droits de l'homme étaient nécessairement des obligations *erga omnes*, et il a cité l'exemple des droits de l'homme énoncés dans des accords régionaux, et même dans certaines dispositions des instruments "universels" relatifs aux droits de l'homme.

iii) La référence à la communauté internationale

124. La référence à la communauté internationale figurant aux paragraphes 1 et 2 de l'article 40 *bis* a suscité diverses observations et questions. On a demandé quel était le sens de l'expression "la communauté internationale dans son ensemble" et si elle recouvrait les particuliers et les organisations non gouvernementales. Selon un point de vue, il fallait espérer que la Commission renoncerait à faire figurer des entités privées comme les organisations non gouvernementales parmi les sujets de droit légitimement habilités à invoquer la responsabilité des États. On a dit aussi que la formule "la communauté internationale dans son ensemble" désignait la communauté internationale des États visée à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. D'autres membres considéraient que "la communauté internationale dans son ensemble" était un concept plus large.

125. De l'avis d'un membre, les difficultés auxquelles la Commission se heurtait s'expliquaient peut-être en partie par le fait qu'elle examinait les obligations dont la communauté internationale était bénéficiaire, en passant sous silence les institutions existantes de la communauté internationale en tant que telle dans le projet. Par conséquent, la Commission devrait envisager d'y faire figurer une disposition intitulée "Responsabilité de l'État à l'égard de la communauté internationale", dont le texte se lirait comme suit : "S'il transgresse une obligation *erga omnes*, l'État est responsable envers la communauté internationale d'États représentée par les organisations et organismes internationaux universels".

126. On a aussi dit qu'il paraissait difficile de voir comment le régime de la responsabilité des États pourrait s'appliquer en pratique, étant donné la qualification lâche et théorique du groupe atteint. Certains en outre doutaient sérieusement que la communauté internationale fût devenue un sujet de droit international titulaire du droit d'invoquer la responsabilité d'un État qui aurait manqué à ses obligations internationales.

127. Le Rapporteur spécial a observé que c'était la Cour internationale de Justice qui avait forgé la notion d'"obligations envers la communauté internationale dans son ensemble". Certes, cette notion n'était pas encore tout à fait fixée, mais elle était très généralement admise en doctrine, et l'on ne pouvait guère en faire l'économie. Au surplus, il ne s'agissait pas, dans la deuxième partie et la deuxième partie *bis*, de l'invocation de la responsabilité par des entités autres que les États, et le projet d'articles devrait le préciser. Mais en fait il se trouvait que les victimes d'atteintes aux droits de l'homme disposaient de certaines procédures pour ce que l'on ne saurait désigner que comme l'invocation de la responsabilité et que parfois des tiers pouvaient agir en leur nom. Une clause de sauvegarde reconnaissant cette possibilité devrait être incorporée dans le projet, et la question laissée à l'application ou l'interprétation des instruments pertinents.

iv) La question de l'article 19

128. Plusieurs membres étaient d'avis que la Commission finirait par devoir examiner les questions visées à l'article 40 *bis* dans le cas des "crimes" d'État. Selon une suggestion, les crimes internationaux devraient constituer une catégorie distincte dans le cadre de cet article. Autre suggestion, le paragraphe 1 b) devrait préciser qu'un fait internationalement illicite d'un État pouvait atteindre "tous les États si l'obligation transgressée [était] essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale"; on pourrait s'appuyer

pour cela, peut-être en l'affinant, sur la définition figurant à l'article 19 du projet d'articles adopté en première lecture. Autre suggestion encore, tous les États devraient être en droit d'invoquer la responsabilité en ce qui concerne toutes ses conséquences, à l'exception peut-être de l'indemnisation, en cas de violation grave. Le principe de la restitution sous la forme du retour au *statu quo ante* revêtait une importance particulière. Les obligations prévues à l'article 53 du projet adopté en première lecture s'expliqueraient beaucoup mieux si l'on retenait la notion d'"État lésé" pour tous les États de la communauté internationale en cas de crime. D'autres membres, en revanche, ont signalé que laisser différents États réagir séparément et de différentes manières à un "crime" était le plus sûr moyen de semer l'anarchie et qu'en pareil cas seules des réactions collectives convenaient. Quelques-uns étaient d'avis que pour traiter cette question il n'était ni nécessaire ni souhaitable d'employer le terme "crime" ou toute autre expression établissant une distinction qualitative entre faits illicites.

v) La structure de l'article 40 bis

129. Diverses suggestions ont été émises visant à subdiviser l'article 40 *bis* en plusieurs articles distincts, par souci de clarté. En particulier, on a fait valoir que diviser cette disposition en deux articles, consacrés l'un à l'État lésé par un fait internationalement illicite d'un autre État et l'autre à l'État qui avait un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale sans avoir été directement lésé, permettrait d'énoncer plus nettement les conditions et la mesure dans lesquelles un État avait le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État.

130. Il a été suggéré aussi de subdiviser l'article 40 *bis* en fonction du type d'obligation visé : la première partie traiterait des obligations bilatérales ou multilatérales qui, dans un contexte particulier, donnaient lieu à des relations bilatérales; la seconde traiterait quant à elle des obligations *erga omnes* et il y serait précisé qu'en cas de violation de ces obligations, tous les États étaient fondés à demander la cessation de la violation et des assurances et garanties de non-répétition. Il a été par ailleurs suggéré que la Commission examine la question de savoir si ces États pourraient prétendre à réparation, étant entendu que celle-ci irait au bénéficiaire final, lequel pourrait être un autre État, un particulier, voire la communauté internationale dans son ensemble. On a fait observer que la Commission n'avait pas à déterminer qui serait le bénéficiaire, puisque cette question relevait des règles primaires.

vi) La place de l'article 40 bis

131. La question de la place de l'article 40 *bis* a suscité des observations diverses, notamment : l'article devrait figurer au chapitre premier de la deuxième partie, de manière à préciser les catégories d'États bénéficiaires des obligations nées d'un fait illicite; il devrait figurer au chapitre premier de la deuxième partie si la Commission entendait préciser les obligations secondaires sans se référer à la notion d'"État lésé"; il devrait figurer dans le chapitre consacré aux principes généraux s'il visait à distinguer deux catégories d'États lésés; ou encore il devrait figurer au début de la deuxième partie *bis*, concernant la mise en œuvre de la responsabilité des États, s'il avait pour objet de préciser quels États avaient le droit d'invoquer la responsabilité d'un État qui aurait commis un fait internationalement illicite.

b) Intitulé de l'article 40 bis

132. Selon certains membres, l'intitulé de l'article 40 *bis* ne correspondait pas véritablement à sa teneur. En outre, il n'existait pas de lien logique entre les deux premiers paragraphes, qui traitaient successivement de la définition de l'État lésé et des conditions dans lesquelles un État a un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale. Il conviendrait de maintenir l'intitulé proposé par l'article 40 *bis*, en remaniant le corps du texte en conséquence.

c) Paragraphe 1

133. Diverses propositions ont été formulées à propos de ce paragraphe. Il a été suggéré de remanier le paragraphe 1 de manière à clarifier la distinction entre d'une part les États lésés et d'autre part les États ayant un intérêt juridique sans être directement lésés, pour permettre à l'article de remplir son office, à savoir déterminer qui pouvait déclencher les conséquences de la responsabilité. Il a été suggéré également de définir les notions d'État lésé et d'État ayant un intérêt juridique avant d'aborder la question de la mise en œuvre de la responsabilité internationale, et de faire de la liste des cas où un État était lésé qui était proposée une liste purement indicative, et non pas limitative, car il serait difficile de prévoir à l'avance tous les cas dans lesquels un État pouvait être lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État.

134. L'incorporation de la notion de dommage ou de préjudice au paragraphe 1 de l'article 40 *bis*, ou ailleurs dans le projet d'articles a été diversement appréciée. L'avis a été émis qu'il était inutile de faire une place au dommage; son exclusion en tant qu'élément du fait illicite n'avait pas pour effet que tous les États pouvaient invoquer la responsabilité de l'État responsable. Au contraire, seul l'État au droit subjectif duquel il avait été porté atteinte ou qui était bénéficiaire de l'obligation violée pouvait demander réparation. On a fait valoir aussi que le dommage ou le préjudice ne devrait pas être retenu en tant qu'élément constitutif d'un fait internationalement illicite, ni figurer dans l'article 40 *bis*, portant sur l'invocation de la responsabilité des États, car il faudrait alors élargir cette notion au point de lui ôter tout son sens et parce qu'il était pratiquement impossible de "calibrer" le préjudice en fonction du critère du caractère direct de la violation.

135. En revanche, des membres ont jugé nécessaire d'inclure une disposition équivalente à l'article 3 de la première partie, qui pourrait se lire en substance comme suit : "Un fait internationalement illicite entraîne une obligation de réparer lorsque a) ce fait internationalement illicite a causé un dommage, b) à un autre sujet de droit international". Certains membres ont aussi jugé indispensable de maintenir la notion de préjudice pour établir la distinction, essentielle, entre un État subissant un préjudice direct lui permettant d'invoquer l'article 37 *bis* et un État qui, dans le cadre d'obligations *erga omnes* ou en tant que membre de la communauté internationale, avait seulement un intérêt juridique dans la cessation du fait internationalement illicite. On a suggéré qu'il serait préférable de traiter du dommage ou du préjudice dans le cadre de la réparation (puisque la réparation présupposait le dommage) plutôt que dans celui de la qualité pour agir, par exemple en demandant la cessation du fait internationalement illicite. L'avis a été émis aussi qu'il serait utile de définir la notion de dommage, de préférence dans le projet d'articles.

136. Le Rapporteur spécial a indiqué que la proposition visant à élaborer à propos du dommage une disposition faisant pendant à l'article 3 de la première partie méritait un examen attentif. La notion de dommage devait être traitée dans la deuxième partie du projet d'articles dans divers contextes, comme celui de l'indemnisation par exemple, auquel elle se rattachait indéniablement. Quant à sa définition, le dommage c'était d'abord ce que subissait un État partie à une obligation bilatérale qui était violée; ensuite ce que subissait l'État spécialement atteint; et enfin ce que subissait l'État atteint du seul fait qu'il était partie à une obligation intégrale, dont la violation était censée toucher tous les États.

i) Paragraphe 1 a)

137. L'avis a été exprimé que le traitement des obligations bilatérales était une question assez simple et qu'il semblait être bien rendu à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*.

ii) Paragraphe 1 b)

138. L'avis a été exprimé que la disposition devrait être plus explicite au regard des trois catégories d'obligations multilatérales visées au tableau 1 du rapport, à savoir les obligations vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble (obligations *erga omnes*), les obligations à l'égard de toutes les parties à un régime particulier (obligations *erga omnes partes*) et les obligations auxquelles quelques États ou plusieurs États étaient parties mais dans lesquelles des États ou des groupes d'États particuliers avaient un intérêt juridique reconnu.

139. Selon un point de vue, l'alinéa b) du paragraphe 1 pouvait être purement et simplement supprimé, puisque tous les cas qui y étaient envisagés concernaient des obligations à l'égard d'États pris individuellement et à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble et qu'ils étaient donc couverts par l'alinéa a) du paragraphe 1. D'après l'alinéa b) i) du paragraphe 1, une obligation *erga omnes* dont la violation touchait spécialement un État était aussi une obligation envers cet État pris individuellement. Une obligation *erga omnes* pouvait être subdivisée en obligations d'un État à l'égard d'autres États pris individuellement. Cela valait aussi pour l'alinéa b) ii) du paragraphe 1 : une obligation *erga omnes* dont l'inexécution affectait nécessairement un État dans l'exercice de ses droits ou l'exécution de ses obligations était, dans le même temps, une obligation à l'égard de cet État pris individuellement. Il a été souligné, d'un autre côté, que même la violation d'une obligation *erga omnes* pouvait léser un État pris individuellement (par exemple, une agression armée illicite).

d) Paragraphe 2

140. L'avis a été émis que le paragraphe 2 répondait à la nécessité de viser les États qui avaient un intérêt juridique. Ces États, bien que n'étant pas directement atteints, pouvaient du moins demander la cessation de la violation dont un autre État s'était rendu coupable. Tout en convenant de la démarche suivie par le Rapporteur spécial, on a appelé l'attention sur le tableau 2 figurant à la page 58 du troisième rapport et concernant les droits des États qui n'étaient pas directement lésés par la violation d'une obligation *erga omnes*. Ce tableau a été interprété comme signifiant que tout État pouvait agir au nom de la victime et qu'il disposait pour ce faire de tout un éventail de mesures, y compris les contre-mesures, en cas de violations flagrantes solidement établies.

141. Il a été jugé important de distinguer entre l'existence d'une obligation et le bénéficiaire de cette obligation. Il conviendrait d'accorder le droit d'invoquer la responsabilité, au sens de droit d'exiger l'exécution d'une obligation donnée, à tous les États qui avaient un intérêt juridique, même si cela n'était pas à leur seul profit. C'était particulièrement important dans le contexte des obligations en matière de droits de l'homme commises par un État contre ses propres ressortissants, car dans le cas contraire, ce droit ne pourrait être invoqué par aucun autre État.

142. S'agissant du libellé de la disposition, on s'est interrogé sur l'emploi des mots "à laquelle il est tenu". D'autre part, il a été suggéré d'ouvrir le paragraphe 2 par la formule suivante : "En outre, aux fins du présent projet d'articles, un État peut invoquer certaines conséquences de faits internationalement illicites conformément aux dispositions suivantes", qui serait suivie du texte des alinéas a) et b) du paragraphe 2 tels que proposés par le Rapporteur spécial.

e) Paragraphe 3

143. Les avis sur le paragraphe 3 ont été partagés. Certains membres ont jugé nécessaire d'inclure une disposition dans ce sens, puisque le projet d'articles devait s'appliquer aux relations entre États. Mais dans la pratique, il existait un petit nombre de cas dans lesquels les États étaient internationalement responsables devant des organisations internationales ou d'autres sujets de droit international. La disposition a été jugée particulièrement importante dans le cas des particuliers dans le cadre des droits de l'homme. D'autres membres, en revanche, ont jugé ce paragraphe inutile puisque la Commission traitait de la responsabilité des États et non des droits revenant à tel ou tel autre sujet de droit international. La référence à des droits s'attachant directement à une personne ou à "une entité quelconque autre qu'un État" a été jugée trop large, voire lourde de dangers. Mais on a noté, d'un autre côté, que le mot "entité" figurait dans diverses conventions internationales, telles que la Convention de 1992 sur la diversité biologique.

144. Selon un avis, puisqu'il était admis que la première partie du projet d'articles couvrirait toutes les obligations internationales de l'État et non uniquement celles que ce dernier avait à l'égard d'autres États, ses dispositions pourraient servir de base juridique pour traiter des cas où d'autres sujets de droit international, comme les organisations internationales, engageaient une action contre des États et invoquaient la responsabilité internationale. D'un autre côté, on a jugé préférable de limiter l'objet de la deuxième partie à la responsabilité dans les relations entre États, car il ne serait pas possible de traiter de façon approfondie dans un avenir prévisible des différentes catégories de responsabilité dotées de caractéristiques spécifiques, telles que la responsabilité des organisations internationales et envers les organisations internationales, la responsabilité individuelle et la responsabilité pour violations des droits de l'homme. Le Rapporteur spécial a reconnu la différence existant entre le champ d'application de la première partie et celui de la deuxième partie, et il a noté que le paragraphe 3 qu'il proposait n'était qu'une clause de sauvegarde dictée par le fait que la deuxième partie et la deuxième partie *bis* portaient uniquement sur l'invocation de la responsabilité par des États.

145. Il a été suggéré aussi de faire du paragraphe 3 une disposition distincte et de remanier son libellé en remplaçant l'expression "sans préjudice d'aucun droit découlant ..." par l'expression "sans préjudice des conséquences découlant de la commission d'un fait internationalement

illicite", car les conséquences de la responsabilité étaient non seulement des droits mais aussi des obligations.

146. Le Rapporteur spécial a souligné que le paragraphe 3 s'imposait dans le cas des obligations en matière de droits de l'homme. Il était nécessaire pour éviter qu'il y ait un hiatus entre la première partie, qui traitait de toutes les obligations des États, et la deuxième partie *bis*, qui traitait de l'invocation de la responsabilité d'un État par un autre État. Comme des entités autres qu'un État pouvaient invoquer la responsabilité d'un État, il fallait prévoir cette possibilité dans le projet d'articles. Il importait de maintenir ce principe dans l'article 40 *bis*, ou dans un article distinct.

9. Conclusions du Rapporteur spécial sur le débat sur le droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État (art. 40 *bis*)

147. Le Rapporteur spécial a noté que les insuffisances de l'article 40, tel qu'adopté en première lecture avaient été généralement reconnues. Sa proposition visant à traiter des obligations bilatérales dans une phrase unique et simple avait recueilli l'agrément des membres de la Commission. Deux démarches avaient cependant été proposées s'agissant des obligations multilatérales. La première, qui reflétait la proposition du Rapporteur spécial, tendait à apporter de nouvelles clarifications et précisions dans le domaine des obligations multilatérales. La seconde visait à l'insertion d'une série de définitions permettant de déterminer les États habilités à invoquer la responsabilité sans réellement dire qui ils étaient. La Commission pourrait se rabattre sur une formule dans ce sens au cas où le problème des obligations multilatérales ne pourrait pas être clarifié plus avant. Si un renvoi général était adopté, la Commission s'interdirait de faire de nouvelles distinctions entre des catégories d'États lésés.

148. La Commission se préoccupait plus précisément de déterminer quels étaient les États qui devaient pouvoir invoquer la responsabilité d'un autre État et dans quelle mesure ils pouvaient le faire. À cet égard, le Rapporteur spécial a souligné l'intérêt que revêtait le paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La Commission, dans le contexte du droit des traités, avait établi une distinction entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux et souligné que l'État spécialement atteint par la violation d'un traité multilatéral devrait pouvoir invoquer cette violation. Cela pouvait s'appliquer par analogie aux obligations dans le domaine de la responsabilité des États. La référence à l'"État spécialement atteint" à l'article 40 *bis* permettait de traiter du problème du préjudice ou du dommage soulevé par certains membres, car l'État lésé devait assurément être considéré comme se trouvant dans une situation spéciale. Il y avait peut-être une gamme d'États spécialement atteints, mais si tel était le cas, elle était relativement étroite.

149. S'agissant du "problème de l'article 19", le Rapporteur spécial comprenait parfaitement que certains membres souhaitent que le projet d'articles traite des obligations les plus importantes, celles qui intéressaient la communauté internationale dans son ensemble, et les violations les plus graves de ces obligations. Il convenait aussi qu'il puisse y avoir des violations d'obligations non susceptibles de dérogation qui ne soulevaient pas de questions fondamentales intéressant la communauté internationale dans son ensemble au regard d'une réaction collective. Mais du point de vue du droit d'invoquer la responsabilité, il n'était pas nécessaire de faire mention des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Une fois

qu'il était établi, comme la Cour l'avait fait dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que tous les États avaient un intérêt dans l'exécution de ces obligations, il n'y avait plus rien à dire aux fins de l'article 40 *bis*.

150. La réserve concernant l'invocation de la responsabilité par des entités autres que les États, prévue au paragraphe 3 de l'article 40 *bis*, avait suscité des réactions divergentes, mais l'idée prévalait qu'elle était utile. Le Rapporteur spécial la jugeait essentielle, parce qu'elle permettait de résoudre le problème lié au fait que la première partie du projet d'articles et les autres parties n'avaient pas le même champ d'application.

10. Présentation par le Rapporteur spécial de la deuxième partie, intitulée "Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État" (suite)

Chapitre II. Les formes de la réparation

a) Considérations générales sur le chapitre II

151. Le Rapporteur spécial a indiqué que, conformément à l'approche approuvée par la Commission, le chapitre II de la deuxième partie traitait des différentes formes que pouvait prendre la réparation du point de vue des obligations de l'État ayant commis le fait internationalement illicite. Le texte adopté en première lecture prévoyait, outre les assurances et garanties de non-répétition, trois formes de réparation : la restitution en nature, l'indemnisation et la satisfaction. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 42 adoptées en première lecture relatives à la négligence contributive et à l'atténuation de la responsabilité avaient leur place dans le chapitre II plutôt que dans le chapitre premier, puisqu'il s'agissait de restrictions mises aux formes de réparation. Le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter un nouvel article sur les intérêts et de supprimer la référence à cette notion dans l'article 44. Il a fait observer que les États avaient accepté l'idée que la restitution, l'indemnisation et la satisfaction constituaient trois formes distinctes de réparation et qu'ils avaient d'une manière générale souscrit à la position adoptée en première lecture quant à la relation qui les unissait.

b) La restitution (article 43)

152. Abordant d'abord l'article 43, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il préférait dire "*restitution*" plutôt que "*restitution in kind*" dans la version anglaise, pour éviter tout malentendu, mais que l'on devait continuer à dire "restitution en nature" dans la version française. Sur le fond, l'article 43 consacrait la priorité de la restitution. Celle-ci était la forme primordiale de la réparation, l'indemnisation étant disponible quand la restitution ne permettait pas de réparer le dommage subi. Sinon, les États pourraient se dispenser d'honorer leurs obligations internationales en offrant un certain montant d'argent. Mais il y avait quatre exceptions à la mise en œuvre de la restitution, exceptions qui soulevaient plusieurs questions.

Le Rapporteur spécial a proposé d'en retenir deux⁴¹. La première, l'impossibilité matérielle, était universellement acceptée et devait être maintenue. La deuxième, liée aux normes impératives, avait été critiquée pour diverses raisons et devrait disparaître : la situation envisagée, en supposant qu'elle existât, serait couverte par les dispositions du chapitre V de la première partie qui, de l'avis du Rapporteur spécial, s'appliquaient à la deuxième partie. La troisième exception, celle de la disproportion entre la charge de la réparation et l'avantage qu'elle présentait pour la victime, devait aussi être conservée. Quant à la quatrième, relative aux situations catastrophiques, elle avait été critiquée par beaucoup de gouvernements. La situation envisagée, si elle devait se présenter, serait couverte par l'alinéa c), ce qui permettait de supprimer l'alinéa d).

c) L'indemnisation (article 44)

153. Pour le Rapporteur spécial, il n'était pas douteux que l'indemnisation devait couvrir tout dommage susceptible d'évaluation financière subi par l'État lésé. Pour certains États, il fallait une définition plus précise de l'indemnisation et de son calcul, mais il faudrait être prudent lorsqu'on élaborerait des principes d'indemnisation plus détaillés, car il s'agissait d'une notion dynamique fortement influencée par les règles primaires particulières mises en jeu dans telle ou telle situation. Une formulation générale semblait se justifier, assortie d'indications supplémentaires dans le commentaire; cela éviterait de figer le droit en la matière. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial proposait une version simplifiée de l'article 44, le commentaire devant expliquer que le

⁴¹ Le texte de l'article 43 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 43

Restitution

Tout État qui a commis un fait internationalement illicite est obligé de fournir la restitution, c'est-à-dire de rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

- a) n'est pas matériellement impossible; ...
- c) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que ceux qui sont lésés par ce fait gagneraient en obtenant la restitution plutôt que l'indemnisation.

A/CN.4/507/Add.1 et Corr.1 et, en français seulement, Corr.2, par. 223. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 124 à 146.

manque à gagner était susceptible d'indemnisation, selon le contenu de la règle primaire en cause et les faits de l'espèce, et la question des intérêts devant faire l'objet d'un article distinct⁴².

d) La satisfaction (article 45)

154. Malgré l'existence au fond d'un terrain d'entente, l'article 45, tel qu'il avait été adopté en première lecture, avait fait apparaître un certain nombre de difficultés. Au paragraphe 1, le lien établi entre la satisfaction et le dommage moral était problématique pour deux raisons. D'abord, le terme "dommage moral" avait un sens raisonnablement bien établi lorsqu'il s'agissait de personnes physiques, mais la demande de réparation présentée au nom de personnes physiques relevait de l'indemnisation plutôt que de la satisfaction. En deuxième lieu, il était malencontreux de parler de dommage moral à propos des États, car cela revenait à leur imputer des états d'âme, par exemple le sens de l'affront ou celui de la dignité. Le Rapporteur spécial proposait de remplacer le terme "dommage moral" par "préjudice immatériel", ce qui évitait la confusion avec le préjudice moral que pouvaient subir les personnes physiques, et le recours à des expressions à connotation affective quant il s'agissait d'États⁴³. Il a fait observer que

⁴² Le texte de l'article 44 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 44

Indemnisation

Tout État ayant commis un fait internationalement illicite est obligé d'indemniser tout dommage susceptible d'évaluation économique causé par ce fait, dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.

A/CN.4/507/Add.1 et Corr.1 et, en français seulement, Corr.2, par. 223. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid*, par. 147 à 166.

⁴³ Le texte de l'article 45 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 45

Satisfaction

1. L'État qui a commis un fait internationalement illicite est obligé d'offrir une satisfaction pour tout préjudice immatériel occasionné par ce fait.
2. En premier lieu, la satisfaction devrait prendre la forme d'une reconnaissance de la violation, accompagnée, le cas échéant, par l'expression de regrets ou des excuses formelles.
3. En outre, lorsque les circonstances l'exigent, la satisfaction peut prendre des formes supplémentaires qui sont à même d'assurer la réparation intégrale, telles que, *inter alia* :

l'expression "dans la mesure où cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale", utilisée au paragraphe 1, indiquait qu'il pouvait y avoir des circonstances dans lesquelles la question de la satisfaction ne se posait pas.

155. Quant au paragraphe 2, on voyait mal s'il cherchait à être exhaustif; de l'avis du Rapporteur spécial, il ne devait pas l'être. Chose remarquable, il n'y était pas question de la déclaration, qui était l'une des formes principales de la satisfaction, bien établie dans la pratique judiciaire. Comme le projet d'articles devait s'appliquer directement aux relations d'État à État, le Rapporteur spécial proposait d'inclure la notion de reconnaissance par l'État en tant qu'équivalent, dans la sphère des relations d'État à État, de la déclaration d'un tribunal. Il proposait également de la faire figurer en premier, comme la modalité la plus évidente de la satisfaction. Le commentaire expliquerait que lorsqu'un État refuse de reconnaître qu'il a commis une infraction, la réparation correspondante qui pourrait lui être demandée à l'issue d'une procédure devant tierce partie serait une déclaration.

156. L'alinéa a) du paragraphe 2 parlait des "excuses" que les États présentent fréquemment à d'autres États dans le contexte des comportements illicites. Le Rapporteur spécial proposait de traiter de la reconnaissance ou des excuses indépendamment des autres formes de réparation dans un nouveau paragraphe 2, car c'était la forme minimale de satisfaction et la base sur laquelle était accordée toute autre forme de satisfaction. Les autres formes, plus exceptionnelles, qui pourraient être opportunes dans certains cas, figureraient dans le nouveau paragraphe 3.

157. Passant ensuite aux autres formes de satisfaction, le Rapporteur spécial a proposé de supprimer les dommages-intérêts de l'alinéa b) du paragraphe 2, parce que les raisons qui les justifiaient en droit interne étaient sans pertinence dans le contentieux international et que le remède déclaratoire était presque toujours suffisant. Il a fait observer que le franc symbolique ne serait pas impossible dans certains cas particuliers si le paragraphe donnait une liste non exhaustive des formes de satisfaction.

158. En ce qui concerne l'alinéa c) du paragraphe 2 existant, le Rapporteur spécial recommandait d'y prévoir simplement l'octroi de dommages-intérêts attribués le cas échéant à titre de satisfaction. Le membre de phrase "en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé",

-
- [a) des dommages-intérêts symboliques;]
 - b) des dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice;
 - c) lorsque la violation résulte de fautes graves d'agents de l'État ou d'agissements criminels de toute personne, une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des responsables.

4. La satisfaction doit être proportionnée au préjudice en question et ne devrait pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable.

A/CN.4/507/Add.1 et Corr.1 et, en français seulement, Corr.2, par. 223. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.* par. 167 à 194.

limitait indûment le fonctionnement normal de la satisfaction dans le cas des dommages qui ne pouvaient être qualifiés de "graves" ou "flagrants", ce qui était contraire à la jurisprudence. À son avis, l'octroi de dommages-intérêts substantiels (et pas simplement symboliques) dans des cas déterminés était un aspect de la satisfaction. D'un autre côté, l'alinéa c) du paragraphe 2 excluait les "dommages-intérêts punitifs", notion sur laquelle on pourrait revenir à propos d'une éventuelle catégorie d'"atteintes graves". Si l'octroi de dommages-intérêts punitifs devait être admis, il faudrait y attacher des conditions particulières.

159. La quatrième forme que pouvait prendre la satisfaction était visée à l'alinéa d) du paragraphe 2, qui traitait de l'action disciplinaire ou pénale à l'encontre des responsables, agents de l'État ou personnes privées. Le Rapporteur spécial proposait de supprimer le terme "châtiment", qui évoquait une culpabilité individuelle, éventualité qui ne pouvait être déterminée qu'à l'issue d'une procédure et que l'on ne pouvait présumer. Il n'était pas non plus nécessaire de couvrir toutes les procédures envisageables (par exemple les enquêtes) si le paragraphe était considéré comme non exhaustif.

160. La question des limites de la satisfaction était réglée par le paragraphe 3 existant. Le Rapporteur spécial a fait observer que certains États avaient proposé de supprimer le terme "dignité", qu'ils ne comprenaient pas et qui offrait une échappatoire. À considérer cependant les exemples d'abus offerts par l'histoire, il lui semblait qu'il fallait prévoir certaines garanties : il proposait une disposition excluant toute forme de satisfaction hors de proportion avec l'atteinte qui la motivait ou qui prenait une forme humiliante pour l'État responsable.

e) Les intérêts (article 45 bis)

161. Le Rapporteur spécial proposait de prévoir un article réglant la question générale des intérêts, fondé sur l'idée que lorsqu'une certaine créance n'est pas réglée, les intérêts courent sur le principal jusqu'au moment du règlement⁴⁴. Du point de vue de la date à partir de laquelle les intérêts étaient dus, la question qui se posait était celle de savoir si l'indemnisation était

⁴⁴ Le texte de l'article 45 bis proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 45 bis

Intérêts

1. Des intérêts sur toute somme principale exigible selon le projet d'articles sont également dus dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont ceux qui conviennent le mieux pour obtenir ce résultat.
2. À moins qu'il en soit autrement décidé ou accepté par accord, les intérêts courent à compter de la date où la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de versement est satisfaite.

A/CN.4/507/Add.1 et Corr.1 et, en français seulement, Corr.2, par. 223. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 195 à 214.

exigible dès le fait générateur, dans un délai raisonnable après la présentation d'une demande, ou encore à une autre date. Le jour auquel les intérêts cessaient de courir serait celui auquel l'obligation de payer était satisfaite, que ce soit par renonciation ou autrement. Le Rapporteur spécial avait utilisé l'expression "À moins qu'il en soit autrement décidé ou accepté par accord" parce que les États pouvaient toujours convenir qu'il n'y aurait pas allocation d'intérêts et aussi parce que les tribunaux se montraient assez libres en matière d'intérêts, liberté qui démentait l'idée qu'il existait normalement un droit à percevoir des intérêts sur telle ou telle période. À son avis, l'article ne devait ni imposer ni écarter l'éventualité des intérêts composés; à la lumière de la jurisprudence internationale, limitée en cette matière, c'était aller trop loin que de dire que les intérêts composés étaient normalement alloués, mais on ne pouvait pas non plus les exclure quand, dans une affaire déterminée, ils étaient nécessaires pour assurer une réparation intégrale.

f) L'atténuation de la responsabilité (article 46 bis)

162. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'hormis le cas de la négligence contributive, le projet d'articles adopté en première lecture passait sous silence la question de l'atténuation de la responsabilité.

163. L'alinéa a) du texte qu'il proposait⁴⁵ envisageait le cas dans lequel l'État lésé, ou la personne au nom de laquelle un État faisait valoir ses prétentions, a concouru au dommage soit par négligence, soit par un acte ou une omission délibérés, cas de figure que divers systèmes juridiques désignent par les termes de "négligence contributive" ou de "comparaison des fautes". Selon une jurisprudence bien établie, la faute de la victime, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, pouvait être prise en considération dans la réparation. Pour le Rapporteur spécial, des considérations d'équité exigeaient que le principe fût étendu aux États lésés, afin d'éviter qu'un État ne soit tenu d'indemniser un dommage ou un préjudice que l'État lésé s'est lui-même causé.

164. Le Rapporteur spécial a également indiqué qu'il fallait aussi veiller à ne pas offrir une surcompensation aux États en cas de dommage. Il proposait une nouvelle disposition, l'alinéa b), portant sur l'atténuation du dommage et inspirée de la formulation donnée à ce principe par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*. L'atténuation du

⁴⁵ Le texte de l'article 46 bis proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 46 bis

Atténuation de la responsabilité

Pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation, il est tenu compte de :

- a) la négligence ou l'action ou omission délibérée de tout État, personne ou entité au nom duquel la demande est présentée et qui a contribué au dommage;
- b) la prise par la partie lésée des mesures qui étaient raisonnablement à sa disposition pour atténuer le dommage.

A/CN.4/507/Add.1 et Corr.1 et, en français seulement, Corr.2, par. 223. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 215 à 222.

dommage était liée à la réduction du montant principal et évitait qu'un État ayant sans raison valable refusé d'atténuer un dommage ne soit dédommagé pour la totalité de celui-ci.

11. Résumé des débats sur la deuxième partie (suite)

Chapitre II. Les formes de la réparation

a) Considérations générales sur le chapitre II

165. Le point de vue général adopté par le Rapporteur spécial sur le chapitre II a été approuvé. Le Rapporteur spécial avait à juste titre évité les détails excessifs qui pouvaient susciter de nouveaux litiges entre les États, même si l'État auteur du fait illicite avait déjà reconnu sa responsabilité. Certains doutes ont été exprimés non seulement à l'égard des changements proposés par le Rapporteur spécial mais aussi quant à l'approche qu'il avait adoptée, considérée comme superficielle et insuffisante, eu égard à l'importance pratique de l'indemnisation et aux orientations que l'on pouvait trouver dans les décisions des cours et des tribunaux.

166. À propos de l'accent qu'il était proposé de mettre pour la première fois sur l'obligation imposée à l'État responsable, on a émis l'avis qu'il convenait dans la deuxième partie de dépasser les principes et d'aller plus avant; pour cela, il était préférable de reconnaître dans l'État lésé le principal moteur de la réparation. D'autres membres ont fait observer que les droits de l'État lésé seraient couverts à part, de sorte qu'on ne perdait rien en changeant de terminologie et que le texte y gagnerait au contraire en utilité pour le règlement des revendications émises par des États "différemment lésés".

167. Souscrivant à ce dernier point de vue, le Rapporteur spécial a expliqué que les articles étaient formulés dans l'optique de l'obligation de l'État responsable, afin de laisser en suspens la question de savoir qui avait le droit d'invoquer la responsabilité, question qui ne pouvait être examinée qu'au moment justement où elle était invoquée. Parler du "droit" de l'État lésé, comme on l'avait fait au cours de l'examen en première lecture, c'était supposer une forme bilatérale de responsabilité. Or dans certaines situations plusieurs États pouvaient être lésés ou mis en cause, et certains plus que d'autres. De la même manière, il fallait reconnaître que des obligations pouvaient naître à l'égard d'entités différentes ou de la communauté internationale dans son ensemble. Le texte proposé laissait place à ces diverses éventualités.

168. La proposition du Rapporteur spécial tendant à remplacer l'ancien titre du chapitre II "Droits de l'État lésé et obligations de l'État qui a commis un fait internationalement illicite" par la formule plus courte : "Les formes de la réparation" a été appuyée. Le nouveau titre était non seulement plus court et plus simple, mais il évitait de donner à penser que les droits des "États lésés" étaient dans tous les cas strictement symétriques par rapport aux obligations de l'État responsable. Il a également été proposé de préciser encore le titre, de sorte qu'il se lise "Les formes et les modalités de la réparation". Le Rapporteur spécial a répondu que le terme "modalités" serait mieux venu dans la deuxième partie *bis*, relative à la mise en œuvre de la responsabilité des États. Par opposition, le chapitre II de la deuxième partie était consacré aux formes fondamentales de réparation, c'est-à-dire au contenu de celle-ci dans la mesure où l'État responsable était mis en cause, de l'obligation fondamentale d'assurer la réparation intégrale, obligation fixée au chapitre premier.

169. Des membres ont fait observer que les débats jusque-là avaient largement négligé la question des "crimes" d'État. La Commission avait examiné tardivement la question en première lecture, de sorte qu'avaient été incluses, dans la partie relative aux délits, des conséquences qui auraient dû être réservées aux crimes, ce qui avait privé les articles 51 à 53 relatifs aux conséquences des crimes, d'une bonne partie de ce qui aurait été leur substance. Selon cette opinion, la notion de crimes était implicite dans le paragraphe 126 du rapport, où le Rapporteur spécial avait été obligé de faire une distinction entre les actes contraires à une règle ordinaire du droit international et une violation d'une norme impérative du droit international général, distinction qui pourrait constituer une définition acceptable du "crime".

b) La restitution (article 43)

170. Les vues divergeaient sur la préséance de la restitution sur l'indemnisation. Cette priorité a été critiquée à cause de sa rigidité et parce qu'elle n'était pas le reflet de la souplesse dont les tribunaux faisaient preuve en réalité. Certains membres estimaient que si l'indemnisation était la forme de réparation la plus utilisée, cela tenait aux limites inhérentes à la restitution et ne prouvait pas qu'elle eût un rôle en principe secondaire.

171. En outre, si l'on reconnaissait l'importance pratique des règles primaires, il était inutile de déterminer si la restitution était ou non la forme de réparation applicable en général. Il semblait préférable de donner la priorité aux décisions des tribunaux, même s'il fallait agir avec circonspection parce que le droit applicable n'y était pas toujours clairement énoncé. Il a également été proposé d'indiquer dans le commentaire que certaines affaires pouvaient être résolues par voie de déclaration des droits ou de jugement déclaratoire sans donner lieu à une restitution à proprement parler.

172. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il n'existait aucune prescription selon laquelle toutes les tentatives d'obtenir restitution devaient d'abord être épuisées et que, dans les cas où l'État lésé avait la possibilité de choisir l'indemnisation, le fait qu'il opte pour celle-ci plutôt que pour la restitution était juridiquement valable. Les rares cas dans lesquels l'État lésé n'avait pas d'autre choix que la restitution, c'est-à-dire quand la restitution était la seule issue possible, seraient plus aisément couverts dans le contexte de la cessation. Il y avait également des situations dans lesquelles il était absolument clair que la restitution était exclue, par exemple du fait que la perte était définitive et qu'on ne pouvait en inverser les effets. De surcroît, dans certaines circonstances, il y avait d'autres États qui pouvaient invoquer la responsabilité. Ils pouvaient se substituer à l'État lésé et, sans être indemnisés eux-mêmes, avoir le droit de réclamer non seulement la cessation mais aussi la restitution. Cette façon de voir les choses a été approuvée.

173. Au paragraphe 142 de son troisième rapport, le Rapporteur spécial avait exposé l'idée que la restitution pouvait être exclue dans certains cas où l'État défendeur avait pu atteindre de manière licite un résultat identique ou similaire en pratique sans violer l'obligation. Certains membres n'étaient pas du même avis : s'il y avait une façon licite d'atteindre un résultat donné, le fait que l'État défendeur n'ait pas profité de cette solution ne l'exonérait pas par lui-même de l'obligation de restitution. Le Rapporteur spécial a répondu qu'en théorie la restitution avait la préséance bien qu'en pratique elle fût exceptionnelle. La difficulté consistait à concilier la théorie et la pratique.

174. L'objet de la restitution a suscité des opinions divergentes. D'une part, on a soutenu qu'elle visait à effacer les effets du fait internationalement illicite en restaurant le *statu quo ante*. C'était l'approche de l'ancienne version de l'article 43. D'autres membres préféraient l'obligation d'instaurer la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis, et non la simple restauration du *statu quo ante*. On a fait observer que la formule retenue dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* était que la réparation devait effacer dans toute la mesure possible toutes les conséquences du fait illicite et restaurer la situation qui aurait en toute probabilité existé si ce fait n'avait pas été commis. En tant que telle, la *restitutio in integrum* était la réponse à privilégier en cas de fait internationalement illicite, sous réserve du choix de l'État lésé. Il a été répondu que cette façon de concevoir les choses revenait à confondre la restitution, en tant que recours de portée plus étroite impliquant le retour au *statu quo ante*, et la réparation, qui présentait des éléments supplémentaires, l'indemnisation notamment.

175. Diverses réponses ont été données à la proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer dans la version anglaise le terme "in kind" qualifiant "restitution". Certains membres étaient en faveur de cette suppression et ont fait observer qu'elle réglait le problème de savoir s'il fallait parler de restitution en nature ou de *restitutio in integrum*. D'autres estimaient que l'expression complète était bien établie.

176. Pour ce qui est du libellé de l'article, il a été proposé de remplacer la clause initiale "Tout État qui a commis un fait internationalement illicite..." par "Un État responsable d'un fait internationalement illicite...". Il a également été proposé de remplacer le mot "obligé" par "tenu" et de dire explicitement que la restitution devait concerner l'État lésé. On a aussi fait observer que, dans certains cas, le mot "restauration" était plus précis que celui de "restitution".

177. Selon un membre, puisque la restitution était en elle-même une obligation, elle était soumise aux dispositions du projet d'articles, y compris celles qui portaient sur les circonstances excluant l'illicéité. Le Rapporteur spécial a répondu que l'effet des circonstances excluant l'illicéité, mentionnées dans la première partie, était la suspension de l'accomplissement de l'obligation considérée pendant un temps. Les tribunaux avaient toujours fait la distinction entre l'obligation sous-jacente, qui continuait d'exister, et la dispense d'exécution à un certain moment. À son avis, les circonstances excluant l'illicéité venaient, d'une manière générale, en complément des exceptions énumérées à l'article 43, et l'impossibilité de procéder à la restitution était en fait une impossibilité permanente et non pas temporaire. Dans le débat qui s'est ensuivi, on a dit douter que les circonstances excluant l'illicéité d'un acte s'appliquent aussi à la partie du projet d'articles à l'examen : si telle était au contraire l'intention, il fallait le dire clairement.

178. On a également fait observer que les mesures conservatoires et les mesures analogues ne ressortissaient pas à la notion classique de restitution et qu'il fallait les en distinguer dans le contexte des procédures qui pouvaient suivre sur le fond. Le Rapporteur spécial en est convenu mais a noté cependant que les mesures temporaires pouvaient viser à la cessation, même si, au niveau auquel ces mesures étaient adoptées, aucune décision n'était prise encore quant à savoir si l'acte considéré était véritablement illicite.

179. Des membres ont approuvé la suppression de l'exception figurant à l'alinéa b) adopté en première lecture, relative à la violation des normes impératives. On a fait observer que la question était résolue par les règles générales du droit international et qu'elle était déjà couverte

par l'article 29 *bis*. Il fallait cependant que l'on trouve dans le projet d'articles le reflet de l'idée que, si un "crime" au sens de l'article 19 a été commis ou une norme de *jus cogens* violée, l'État lésé ne peut renoncer à la restitution au profit de l'indemnisation, car les intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble sont en cause dans une telle situation.

180. La suppression de l'alinéa d) adopté en première lecture, et relatif à l'indépendance politique et à la stabilité économique d'un État, a également été appuyée. Cette exception a été qualifiée de trop générale, et susceptible donc d'être trop largement interprétée en pratique. Ce cas de figure était suffisamment couvert par l'exception de l'alinéa c).

181. Il a été proposé d'ajouter une nouvelle exception encore, relative aux cas dans lesquels la restitution est impossible à cause d'un obstacle juridique insurmontable, mais pas nécessairement la violation d'une norme impérative. La nationalisation a été citée en exemple. Il a été soutenu que plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies confirmaient la légalité des nationalisations et que l'État qui avait nationalisé n'était pas tenu du devoir de restitution. En tel cas pourtant, aucune question de restitution ne se posait : par définition, la prise de possession était en elle-même licite et le problème devenait une simple question de paiement des biens pris. Quand la prise de possession était illicite *per se*, d'autres considérations entraient en jeu.

182. Pour ce qui était de l'alinéa a), on s'est demandé si l'impossibilité "juridique" était visée par le membre de phrase "matériellement impossible". La situation se présentait par exemple quand les règles primaires du droit international obligeaient les États à adopter certaines législations et qu'ils s'en abstenaient. Il existait des limites aux changements qui pouvaient être apportés en vertu de certains régimes juridiques nationaux. Par exemple, une décision négative de la cour suprême du pays dans une affaire donnée ne pouvait être annulée, ce qui rendait la restitution impossible.

183. D'autres membres ont fait observer que l'État était responsable des actes des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, et qu'aucun organe de gouvernement ne devait pouvoir s'exonérer du devoir de remédier à une éventuelle violation du droit international. De plus, même lorsque le droit interne n'offrait pas de recours contre un jugement définitif non susceptible d'appel, on avait pu voir dans plusieurs pays des jugements annulés dans des affaires relevant du droit international. En principe, le droit interne ne pouvait jamais être invoqué pour refuser la restitution; il ne pouvait donc constituer un cas d'impossibilité. Il semblait indispensable de ne pas laisser aux États les plus puissants la latitude de proposer des interprétations unilatérales de l'"impossibilité". Les cas d'impossibilité juridique véritable étaient très rares et il suffisait de parler d'impossibilité matérielle.

184. À la lumière des débats, le Rapporteur spécial a proposé à la Commission de reconsidérer le paragraphe 3 du projet d'articles 42 et d'y affirmer le principe fondamental selon lequel un État ne peut invoquer son droit interne pour s'absoudre de la non-exécution d'une obligation internationale. Introduire le membre de phrase "impossibilité juridique" équivaldrait à procéder à une révision de ce principe de base. La vérité était qu'une modification de la situation juridique pouvait déboucher sur une impossibilité effective, par exemple quand des biens pris à un particulier ne pouvaient lui être restitués parce qu'ils avaient déjà été valablement vendus à un tiers. La situation était plus compliquée lorsque les droits des particuliers étaient en cause et

que le droit international servait de critère déterminant, comme il le faisait en matière de droits de l'homme.

185. On a également évoqué l'arrêt de la Cour centraméricaine de justice en l'affaire *El Salvador c. Nicaragua*⁴⁶, mentionnée au deuxième alinéa du paragraphe 128 du rapport, dans lequel la Cour a évité de se prononcer sur la nullité d'un traité entre le Nicaragua et un État tiers (les États-Unis d'Amérique), mais sans considérer que la restitution était nécessairement impossible. Elle a au contraire jugé que le Nicaragua était obligé de mettre en œuvre tous les moyens autorisés par le droit international pour restaurer et maintenir la situation qui existait avant la conclusion du traité en cause.

186. Le paragraphe c) a été appuyé, mais on s'est demandé si le membre de phrase "ceux qui sont lésés" visait l'État, comme c'était le cas dans la version adoptée en première lecture, ou aussi les personnes privées. Un membre a dit qu'il préférerait qu'on ne parle pas du tout de l'entité lésée. Il a également été proposé de remplacer "ceux qui sont lésés" par "l'État ou les États lésés".

187. Le principe de proportionnalité consacré au paragraphe c) ne s'appliquait pas seulement aux frais et dépens, et exigeait que l'on tienne compte aussi de la gravité ou de la bénignité de l'infraction. Cet élément pouvait être traité soit dans le texte, soit dans le commentaire; en tout état de cause, ce paragraphe était nécessaire eu égard notamment à la suppression envisagée au paragraphe d).

c) L'indemnisation (article 44)

188. L'idée de prévoir une brève disposition relative à l'indemnisation a été vivement appuyée.

189. On a fait observer que les diverses décisions judiciaires prises en cette matière, dans l'affaire du *Rainbow Warrior* par exemple, avaient prescrit une indemnisation d'un certain montant, mais sans préciser les critères utilisés pour calculer celui-ci, et que bien des choses dépendaient des circonstances de la violation et du contenu de la règle primaire enfreinte. Dans beaucoup de cas, les États arrivaient à s'entendre sur l'indemnisation du fait internationalement illicite, mais il s'agissait d'une indemnisation à titre gracieux. Dans le contexte des échanges mondiaux et des problèmes écologiques, les États avaient mis en place des régimes d'indemnisation spéciaux qui excluaient l'application de principes généraux. Tout ce que la Commission pouvait faire était d'élaborer une formule souple laissant au juge et à la pratique le soin de développer les règles de calcul de l'indemnisation.

190. Il a été dit inversement que l'article 44 proposé par le Rapporteur spécial était essentiellement un "chapeau" qui ne conservait que la priorité accordée à la restitution. Il fallait exposer plus en détail le principe de l'indemnisation, afin de donner des orientations plus précises aux États et aux tribunaux. De plus, le traitement succinct de la question de l'indemnisation donnait l'impression que le principe général était celui de la restitution, et rien d'autre, et que du

⁴⁶ (1917) 11, *AJIL (Supplement)*, p. 3.

point de vue technique l'indemnisation n'entraîne en jeu que lorsqu'il n'y avait pas eu restitution. Il a été proposé de mentionner d'autres considérations déterminantes, par exemple : il fallait indemniser à la fois le dommage matériel et le préjudice moral quand celui-ci était subi par une personne physique; il fallait indemniser le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, au moins quand ils étaient tous deux établis; seul le dommage "transitif", c'est-à-dire celui qui résultait, par un lien nécessaire et certain de causalité, du fait internationalement illicite, pouvait être susceptible d'indemnisation; sous réserve de l'article 45 *bis*, le dommage devait être évalué à la date à laquelle avait été commis le fait internationalement illicite. On a dit aussi préférer traiter de la question du manque à gagner dans le projet d'articles, et pas seulement dans le commentaire. Le principe de la "réparation intégrale", consacré par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, exigeait que le manque à gagner fût indemnisé à titre général, et non cas par cas.

191. Il a été dit que l'indemnisation ne devait pas aller au-delà du préjudice ou du dommage causés par le fait ou le comportement illicite, et ce afin d'éviter d'éventuels abus. À cet égard, la proposition tendant à limiter l'indemnisation par une disposition comme celle qu'énonçait le paragraphe 3 de l'article 42 adopté en première lecture était à retenir. On a fait observer que la question des indemnisations "écrasantes" méritait d'être examinée, car il y avait un risque de violations massives des droits de l'homme. Il fallait en même temps prendre en considération la capacité économique de l'État en matière d'indemnisation des victimes de violations massives et systématiques des droits de l'homme.

192. Le Rapporteur spécial a dit que la Commission était placée devant une alternative : elle pouvait soit rédiger l'article 44 de façon succincte et y fixer un principe très général en termes souples, soit s'avancer quelque peu dans le détail et chercher à être exhaustive. Si elle optait pour la version longue, elle aurait à y prévoir le manque à gagner. Or, le Rapporteur spécial avait supprimé toute mention de celui-ci principalement parce que certains gouvernements avaient émis l'opinion que la version examinée en première lecture était formulée en termes si faibles qu'elle avait pour effet de "décodifier" le droit international. D'autres gouvernements avaient proposé une solution intermédiaire, c'est-à-dire une version brève conservant la mention du manque à gagner.

193. On s'est demandé si le terme "économique" convenait pour désigner par exemple l'extermination illicite d'une espèce animale menacée d'extinction ne présentant aucun intérêt économique pour les êtres humains. Il a été proposé d'utiliser plutôt le qualificatif "financière". On a fait également observer que la réponse se trouvait aussi dans le sens à donner au "préjudice moral" à l'article 45. Il a donc été proposé de parler du "dommage matériel" à l'article 44 et du "dommage immatériel" à l'article 45. Quant à savoir si les dommages matériels devaient figurer à l'article 44, le Rapporteur spécial a rappelé que son prédécesseur M. Arangio-Ruiz, avait répondu à la question en disant que l'article 44 couvrait le préjudice moral causé à des individus et l'article 45 les dommages moraux causés aux États⁴⁷. Cette solution avait soulevé une

⁴⁷ Voir le *Deuxième rapport sur la responsabilité des États* par M. Gaetano Arangio-Ruiz, Rapporteur spécial, in A/CN.4/425 et Corr.1 et Add.1, et Add.1/Corr.1, par. 191.

controverse parce que le terme "dommage moral" pouvait couvrir des choses aussi disparates que les souffrances de l'être humain soumis à la torture ou l'affront subi par un État du fait de la violation d'un traité. Certains membres ont estimé que le qualificatif "susceptible d'évaluation économique" s'appliquait au dommage matériel, au préjudice moral et au manque à gagner. L'indemnisation du préjudice moral était limité au préjudice causé aux personnes physiques, en dehors du dommage moral subi par l'État victime. Cela correspondait, a-t-on fait remarquer, à la pratique judiciaire, dans laquelle une indemnisation pécuniaire était accordée en réparation d'un préjudice moral causé à des personnes physiques, notamment en cas de traitement cruel.

194. On a fait observer qu'alors que l'article 43 parlait de "ceux qui sont lésés", l'article 44 ne précisait pas qui subissait le dommage : un État, des entités ou des personnes physiques, des particuliers par exemple. L'une des raisons de cette imprécision était qu'il fallait tenir compte de la grande diversité des situations : revendications individuelles d'entreprises ou de personnes physiques devant des commissions ou des cours nationales ou internationales, plaintes émises par des gouvernements au nom de personnes physiques ou en leur nom propre, revendications d'États lésés et d'"autres" États, etc.

195. On a cité la décision rendue par le Tribunal du CIRDI, dans l'affaire *Klöckner*⁴⁸, dans laquelle les deux parties avaient été considérées comme ayant également manqué à leurs obligations contractuelles, avec des conséquences importantes au niveau de la réparation. Le Rapporteur spécial a indiqué que la solution résidait en partie dans ce qui était une sorte de compensation, et qui pouvait être une question de procédure qui ne relevait pas vraiment du droit de la responsabilité. En fait, la décision prise dans l'affaire *Klöckner* avait été annulée et le litige avait été réglé à l'amiable avant qu'ait été prise une autre décision en matière d'indemnisation.

196. On a aussi évoqué la question du juste calcul de l'indemnisation en cas d'expropriation, question que ne réglait pas l'article 44 et qui avait été une source de conflit entre pays développés et pays en développement. La notion occidentale classique de l'indemnisation "prompte, adéquate et effective" voulait notamment que le montant fût calculé en fonction de la valeur au moment de la prise de possession et versé en monnaie convertible, sans restriction quant au rapatriement des devises. Cependant, les conséquences de cette formule sur le plan des réserves en devises pouvaient constituer un embargo imposé à la restructuration de l'économie d'un pays en développement faisant face à des difficultés de balance des paiements. La pratique internationale actuelle révélait que la formule traditionnelle était très largement entamée. De surcroît, dans sa résolution 1803 (XVII) relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, l'Assemblée générale avait prescrit le versement d'une indemnisation appropriée en cas de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition, notion qui s'écarterait sensiblement de l'indemnisation "prompte, adéquate et effective", encore que l'Assemblée générale se fût abstenue de donner une définition. Plusieurs membres ont cependant insisté sur le fait que ce débat déjà ancien n'avait rien à voir avec le contenu de l'article 44. La nationalisation était un fait et l'article 44 visait les faits internationalement illicites. Le Rapporteur spécial a dit

⁴⁸ *Klöckner c. Cameroon*, ICSID Reports, vol. 2, p. 4.

partager ce point de vue et a répété qu'il n'appartenait pas à la Commission d'élaborer la distinction fondamentale entre expropriation licite et illicite, ni de préciser le contenu d'une obligation primaire, quelle qu'elle fût.

197. Plusieurs membres ont souligné qu'il ne suffisait pas d'accepter le principe selon lequel les règles primaires jouaient un rôle important dans la détermination de l'opportunité de l'indemnisation. Il fallait aussi classer les différentes catégories d'affaires; des orientations sur ce point étaient à rechercher moins dans les écrits des publicistes que dans les décisions arbitrales, comme celle rendue dans l'affaire *Aminoil-Kuwait*⁴⁹. L'article 44 devait prévoir une réserve, du genre "à moins que les règles primaires n'indiquent une solution différente". À quoi il a été opposé que les règles découlant des décisions judiciaires et des sentences arbitrales ne s'appliquaient qu'occasionnellement et que les questions relevant de la responsabilité des États étaient le plus souvent réglées directement entre États, voire par les tribunaux nationaux. Cette pratique n'avait pas nécessairement son reflet dans les sentences arbitrales. En réponse, le Rapporteur spécial a fait observer que, si importantes que fussent les règles primaires, il était difficile de tirer les conclusions voulues dans les articles eux-mêmes. Il valait mieux analyser les divers aspects du problème dans le commentaire.

d) La satisfaction (article 45)

198. La disposition proposée par le Rapporteur spécial, qui maintenait des éléments de souplesse, notamment par la notion d'"offre", a été appuyée. L'objectif était d'énoncer une série d'options politiques et de droits ouverts aux États à la suite de la commission d'un fait internationalement illicite. De plus, la satisfaction pouvait avoir un caractère, soit autonome, soit complémentaire de la restitution et/ou de l'indemnisation, ce qui ressortait clairement de la disposition proposée.

199. Selon un autre point de vue, l'article 45 était une disposition hybride, dont la teneur était un mélange de droit relatif à l'évaluation quantitative des dommages-intérêts et aux mesures de satisfaction au sens strict. Or, ces dernières étant une forme de punition politique infligée aux États, elles n'étaient plus de mise. Dans la pratique, la satisfaction était une institution à laquelle les États avaient rarement recours. La question se posait donc de savoir s'il existait réellement des règles juridiques sur la satisfaction et même si l'État auteur du fait illicite était tenu d'offrir une satisfaction à l'État lésé. Les projets d'article devaient au contraire, soit passer sous silence, soit diminuer l'importance de la "satisfaction" en tant que forme propre de réparation et viser le mode de réparation "manquant" que constituaient les déclarations, que ce soit par la voie de décisions ou de constatations de droits, qui n'étaient généralement pas admises en tant que mode de réparation dans l'ordre diplomatique, mais qui avaient des conséquences juridiques.

200. D'autres membres ont désapprouvé l'opposition à la satisfaction comme forme propre de réparation. À leur avis, la satisfaction était une forme normale de réparation, comme l'attestait

⁴⁹ *Aminoil Case (Kuwait c. American Independent Oil Co.)*, 27 I.L.M. 976 (1982).

le fait que des juridictions prononçaient des décisions et des constatations en termes de satisfaction. Certes, la décision rendue dans l'affaire du *détroit de Corfou*⁵⁰ était particulière en ce que, l'État défendeur n'avait pas, effectivement, sollicité de dommages-intérêts; la constatation faite en l'espèce par la Cour à titre de satisfaction était tout ce qu'elle pouvait faire. Mais cette affaire avait conduit à une pratique constante et précieuse de constatations à titre de satisfaction que les projets d'articles devaient reconnaître.

201. Le Rapporteur spécial a noté qu'il était fait une distinction inutile entre la sphère diplomatique et la sphère juridique. Vu que la Commission s'attachait à déterminer les règles applicables aux relations entre les États, les règles de la responsabilité ne pouvaient être formulées en termes de compétences judiciaires, d'où le problème des "modes de réparation manquants". Sa proposition visait à distinguer entre la méthode "normale" de satisfaction, à savoir la reconnaissance de l'existence d'une violation, et les formes visées au paragraphe 3 de l'article 45 qui étaient exceptionnelles. L'absence d'une telle reconnaissance était le fondement d'une éventuelle constatation par une cour ou un tribunal dans toute procédure ultérieure.

202. S'agissant du paragraphe 1, la proposition tendant à mettre l'accent sur l'obligation de l'État qui a commis un fait internationalement illicite d'offrir une satisfaction a été approuvée, et l'idée de remplacer l'expression "préjudice moral" par "préjudice immatériel" a été appuyée. Le changement proposé permettait d'opposer symétriquement l'article 44, relatif aux dommages matériels, à l'article 45, concernant les dommages immatériels.

203. En revanche, l'avis a été exprimé que le texte proposé était trop étroit en ce qu'il limitait l'institution de la satisfaction au préjudice non matériel ou moral. L'idée a été émise qu'un État lésé pouvait aussi avoir le droit de demander satisfaction dans le cas d'un dommage matériel. L'expression "préjudice immatériel" omettait l'aspect essentiel, à savoir que le but de la satisfaction était de réparer le préjudice moral subi par l'État lui-même.

204. Il a été noté que, tandis que l'État responsable était "obligé de fournir la restitution" et "obligé d'indemniser" selon les articles 43 et 44 respectivement, l'article 45 lui faisait simplement un devoir d'"offrir" une satisfaction, ce qui s'expliquait par le fait que la satisfaction ne pouvait être définie *in abstracto*. Mais selon d'autres membres, cela introduisait une forme de subjectivité qui n'était pas satisfaisante : la question de savoir si une offre de satisfaction était suffisante au regard du critère de la réparation intégrale pouvait être appréciée essentiellement de la même façon que le caractère suffisant d'une offre d'indemnisation.

205. S'agissant de la reconnaissance de la violation, l'avis a été exprimé que l'expression de regrets ou des excuses formelles pouvaient impliquer une telle reconnaissance et, partant, la rendre inutile.

206. L'idée a été approuvée de mentionner la reconnaissance de la violation en premier lieu, comme le proposait le Rapporteur spécial, ce qui était conforme à l'approche adoptée dans

⁵⁰ Affaire du *détroit de Corfou* (Fond), CIJ Recueil 1949, p. 36.

l'affaire du *détroit de Corfou*. En revanche, on s'est demandé si la reconnaissance devait venir en premier, au niveau des relations d'État à État, certains États exprimant librement des excuses, sans reconnaître la violation, suivant une pratique comparable à celle des paiements à titre gracieux. Dans d'autres cas, l'expression d'excuses visait à éviter toute autre conséquence d'une violation. Face à un litige éventuel ou en instance, les États feraient bien de se garder de toute reconnaissance, même si cela pouvait éventuellement faire partie d'un règlement d'ensemble, expressément ou implicitement.

207. L'expression "le cas échéant" a été considérée comme trop imprécise et acceptable uniquement si les cas visés étaient expliqués dans le commentaire, avec des exemples à l'appui. Il a été suggéré de combiner les paragraphes 1 et 2 pour rendre le texte plus précis. Le paragraphe unique pourrait commencer par le membre de phrase suivant, qui figurait dans l'article adopté en première lecture : "La satisfaction peut prendre une ou plusieurs des formes suivantes"; viendrait ensuite l'énumération non exhaustive de toutes les formes de satisfaction, à commencer par la reconnaissance de la violation.

208. Certains membres se sont aussi inquiétés du fait que le paragraphe 2 proposé rabaissait le statut des excuses alors que celles-ci, en première lecture, constituaient une forme autonome de satisfaction. Mais il a été noté que les excuses comportaient un élément politique, puisqu'elles résultaient habituellement de règlements négociés. On pouvait se demander s'il existait une *opinio juris* suffisante permettant de reconnaître les excuses comme une forme de satisfaction.

209. S'agissant du paragraphe 3, l'idée d'une liste non exhaustive de mesures a été appuyée, ainsi que la référence à une "réparation intégrale". Toutefois, l'expression "lorsque les circonstances l'exigent" a été considérée comme trop générale car ce qui était intéressant et utile pour les États, les juges ou les arbitres, c'était de savoir précisément dans quels cas et dans quelles circonstances telle ou telle chose pouvait être faite.

210. À propos de l'alinéa a) du paragraphe 3, une préférence s'est exprimée pour le maintien de la mention des dommages-intérêts symboliques, laquelle pourrait être insérée au paragraphe 2. Le Rapporteur spécial a noté que si le paragraphe 3 de l'article 45 était exhaustif, les dommages-intérêts symboliques pourraient être inclus dans l'alinéa b) visant des dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice.

211. Au sujet de l'alinéa b), il a été observé que la satisfaction pouvait aussi être assortie ou précédée du paiement de dommages-intérêts, même s'il n'y avait pas de préjudice matériel, cette possibilité découlant implicitement de l'expression "réparation intégrale". En revanche, il a été dit que le texte laissait entendre à tort que les dommages-intérêts faisaient partie de la réparation intégrale, et qu'ils étaient nécessaires pour effacer toutes les conséquences du fait illicite. La notion de dommages-intérêts visée à l'article 45 empiétait sur celle de l'article 44. Dès lors, l'alinéa b) du paragraphe 3 pouvait être transféré à l'article 44, ou dans une disposition visant spécifiquement les dommages-intérêts.

212. L'avis a été exprimé que des dommages-intérêts non symboliques n'étaient acceptables qu'en cas d'"atteinte grave" à une règle d'importance fondamentale, non seulement pour l'État lésé mais aussi pour la communauté internationale dans son ensemble, c'est-à-dire en cas de "crimes" d'État. En tant que telle, la disposition devait être transférée dans le chapitre relatif

aux conséquences des crimes. Il a été dit en outre qu'il valait mieux limiter l'éventualité des dommages-intérêts aux cas d'"atteinte grave aux droits de l'État lésé", comme cela était stipulé dans la version adoptée en première lecture. En revanche, il a été affirmé que l'alinéa b) du paragraphe 3 ne devait pas être limité aux crimes et devait être conservé tel que le proposait le Rapporteur spécial. Il a été de plus noté que l'expression "gravité du préjudice" pouvait être interprétée comme visant, soit la gravité du fait illicite, soit la gravité du dommage subi.

213. L'idée de mentionner les dommages-intérêts punitifs et le préjudice moral dans la rubrique "satisfaction" a été désapprouvée. L'alinéa pouvait être supprimé, sous réserve cependant de tout réexamen éventuel de la question des dommages-intérêts punitifs par la Commission, par exemple dans le contexte des violations graves, en particulier des "crimes" internationaux envisagés par l'article 19, tel qu'adopté en première lecture.

214. Le Rapporteur spécial a souligné que l'alinéa b) du paragraphe 3 concernait, non pas les dommages-intérêts punitifs, mais ce que certains systèmes juridiques qualifiaient de dommages-intérêts "aggravés" ou "expressifs". Ainsi qu'il ressortait de l'affaire du *I'm Alone*⁵¹, il était nécessaire dans certains cas de reconnaître la gravité d'un préjudice, et ces cas n'étaient pas limités aux "violations graves".

215. On s'est interrogé sur le sens de l'expression "fautes graves", qui pouvait impliquer une référence à la négligence. Il a été noté que, la phrase liminaire du paragraphe 3 limitant le champ d'application de celui-ci aux cas où "les circonstances l'exigent", l'adjectif "graves" pouvait être supprimé. Il a également été jugé nécessaire de préciser que les agissements criminels d'individus ne se rapportaient à la responsabilité de l'État qu'en relation avec la violation par l'État de l'obligation de prévention; de fait, cela impliquait que le champ d'application de la disposition soit exclusivement limité aux agissements criminels d'agents de l'État. Toute action pénale à l'encontre d'individus n'était que l'exécution tardive d'une obligation primaire. De plus, certaines règles primaires exigeaient déjà qu'une action soit engagée à l'encontre d'agents de l'État en cas de faute; compte tenu de ces dispositions, on pouvait douter de la nécessité du paragraphe.

216. Il a été proposé de viser spécifiquement, dans l'article 45 ou dans le commentaire, l'ouverture d'une enquête sur les causes d'un fait internationalement illicite, comme forme de satisfaction. Il a été toutefois estimé qu'il fallait se garder de considérer que l'enquête constituait en soi une forme de satisfaction; et qu'elle faisait plutôt partie du processus aboutissant à la satisfaction.

217. Certains membres ont cité parmi, les facteurs plaçant pour le maintien de l'alinéa d), les évolutions récentes dans le domaine du droit pénal international. Il a été proposé à cet égard d'ajouter une clause à la fin de l'alinéa c) du paragraphe 3, exigeant que l'action disciplinaire ou pénale soit engagée par l'État susceptible d'être responsable lui-même, ou qu'il y ait extradition

⁵¹ Nations Unies – *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1935), p. 1609.

vers un autre État ou transfert à un tribunal pénal international ayant compétence pour connaître du crime allégué.

218. S'agissant du paragraphe 4, il a été proposé que sa teneur soit énoncée, soit à l'article 37 *bis*, soit dans le chapeau général du chapitre II.

219. L'avis a été exprimé qu'il était inutile de viser l'"humiliation" à l'article 45, vu qu'il n'était pas indispensable de ménager la dignité d'un État responsable qui avait lui-même humilié l'État lésé. La condition de proportionnalité était suffisante. Le simple fait de reconnaître la violation pouvait être considéré comme humiliant par certains États et, dès lors, la règle énoncée au paragraphe 4 ne devait pas être entendue comme applicable *in extenso*.

220. Inversement, une forte préférence s'est exprimée pour le maintien de la référence à l'humiliation, la satisfaction devant éviter de prendre une forme humiliante. De vives préoccupations subsistaient quant aux déséquilibres de pouvoir qui avaient, au cours de l'histoire, permis à des États puissants d'imposer à des États plus faibles des formes humiliantes de satisfaction. À cet égard, il a été proposé de remplacer la forme verbale conditionnelle "ne devrait pas" par la forme indicative "ne doit pas" ou "ne prend pas". On pouvait aussi ajouter une référence à l'égalité souveraine des États.

e) Les intérêts (article 45 *bis*)

221. Les grandes orientations de l'article 45 *bis*, par comparaison notamment au traitement superficiel de la question des intérêts dans le projet d'articles adopté en première lecture, ont été appuyées. Toutefois, la disposition devait cadrer avec la fonction de la deuxième partie, à savoir garantir que l'État lésé reçoive réparation intégrale de la part de l'État responsable. Il y avait donc un rapport étroit avec l'article 44, et la question des intérêts devait, soit être traitée dans le cadre de l'article 44, en faisant éventuellement l'objet d'un second paragraphe, soit placée dans un article distinct suivant immédiatement l'article 44, ne portant que sur les intérêts dus sur l'indemnisation payable en vertu de l'article 44, ainsi que sur la question du manque à gagner et des intérêts composés. À ce dernier égard, il a été dit qu'il fallait veiller à prévenir le double recouvrement. De plus, on ne pouvait supposer que la partie lésée aurait perçu des intérêts composés sur les sommes en cause si le fait illicite n'avait pas été commis. Le Rapporteur spécial a fait observer que, bien que la somme principale sur laquelle des intérêts étaient dus corresponde normalement à l'indemnisation au titre de l'article 44, on pouvait envisager des circonstances où ce n'était pas le cas, mais où des intérêts étaient néanmoins dus.

222. Il a été dit que la deuxième phrase du paragraphe 1 était inutile et devait être supprimée. Au paragraphe 2, le membre de phrase "[à] moins qu'il n'en soit autrement décidé ou accepté par accord" n'était pas non plus nécessaire car cette précaution valait pour toutes les dispositions du chapitre II et, à vrai dire, pour l'ensemble du projet d'articles. S'agissant du point de départ des intérêts, il a été noté que, dans la pratique, les intérêts étaient dus à compter de la date du fait illicite, ou de la date de survenance du dommage ou, plus exactement, de la date à partir de laquelle l'indemnité ne couvrait plus intégralement le dommage. Il fallait donc remanier l'article 45 *bis* dans ce sens. En réponse, le Rapporteur spécial a noté que la date déterminante était, en principe, celle à laquelle le dommage s'était produit, mais que les tribunaux faisaient généralement preuve d'une certaine souplesse et que cela devait être reflété dans le texte.

f) L'atténuation de la responsabilité (article 46 *bis*)

223. L'inclusion de l'article 46 *bis*, comportant des éléments de développement progressif, a été appuyée. On s'est cependant demandé si les conditions d'atténuation de la responsabilité s'appliquaient aussi à la restitution. Dans ce cas, l'objet de la restitution pouvait être limité, vu que l'État auteur du fait illicite pouvait avoir son mot à dire quant à l'ampleur de la restitution. Il a été observé que le titre du projet d'article proposé ne reflétait pas exactement son contenu.

224. Le projet d'article 46 *bis* proposé, bien que constituant une amélioration par rapport à l'ancien article 42, paragraphe 2, soulevait néanmoins diverses préoccupations quant à un éventuel amalgame – même s'il était involontaire – entre la mesure de la réparation et la règle primaire établissant la responsabilité. Il fallait indiquer clairement que la question en cause concernait, non pas les règles primaires, mais un facteur susceptible d'être pris en considération pour déterminer l'ampleur des dommages-intérêts dus.

225. S'agissant de l'alinéa a), l'avis a été exprimé que, seule, la négligence "grave" ou faute lourde pouvait être prise en compte aux fins de la limitation de la réparation.

226. En réponse à une question, le Rapporteur spécial a indiqué que l'alinéa b) n'était pas limité au principe des "mains propres", qui avait été examiné lors de la session précédente de la Commission⁵². Il s'est référé à l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* dans laquelle la Cour internationale de Justice a posé l'"obligation" d'atténuer le dommage, c'est-à-dire que, pour déterminer le montant de la réparation, il pouvait être tenu compte de la question de savoir si l'État lésé avait pris des mesures raisonnables pour atténuer le dommage. Mais l'idée d'une telle "obligation" ne devait pas être interprétée comme signifiant que, si elle n'était pas respectée, les règles secondaires s'appliquaient et il y avait lieu à réparation. Par contre, le fait de ne pas tenter d'atténuer le dommage entraînerait une limitation des dommages-intérêts susceptibles d'être recouvrés. Toutefois, on a également émis l'avis que l'alinéa b) pourrait créer des difficultés dans la mesure où il obligerait les États à prendre des mesures préventives concernant toutes les violations possibles du droit international afin d'obtenir une réparation intégrale.

12. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre II

227. Le Rapporteur spécial a souscrit à l'observation selon laquelle l'étendue de l'obligation de restitution (article 43) dépendait des règles primaires en jeu. Il y avait donc un élément "juridique" d'impossibilité mais, sous réserve qu'il soit clairement indiqué que l'article 29 *bis* s'appliquait à la deuxième partie, l'alinéa b) tel qu'adopté en première lecture était inutile. Les arguments avancés par les États faisant valoir l'impossibilité de la restitution pour des raisons de droit interne ne constituaient pas des faits justificatifs en droit international, mais il était clair que les règles primaires de droit international pouvaient entrer en jeu à ce stade.

⁵² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, par. 411 à 415.

228. S'agissant de savoir s'il convenait d'adopter une conception étroite ou large de la restitution, le Rapporteur spécial a exprimé sa préférence pour la conception étroite. Le *dictum* de l'affaire de *l'Usine de Chorzów* visait la réparation en général, et concernait donc la *restitutio in integrum* dans un sens général; il ne s'agissait pas de la restitution au sens de l'article 43, laquelle avait déjà été exclue au moment où la Cour avait prononcé son *dictum*, l'Allemagne y ayant renoncé. Il était déjà indiqué au chapitre premier que la réparation devait être intégrale. Si la restitution n'était pas interprétée dans ce sens étroit, il se produirait un chevauchement inacceptable entre l'article 43 et d'autres formes de réparation. La Commission avait indiqué très clairement en première lecture qu'elle adoptait cette approche, et cela n'avait pas suscité de critiques des gouvernements.

229. S'agissant de la question de savoir à qui devait être faite la restitution, il fallait rédiger les articles pour qu'ils puissent être invoqués par l'État lésé dans un contexte bilatéral, par l'un des États lésés dans un contexte multilatéral ou, assurément, par les États qui étaient dans la position de l'Éthiopie et du Libéria dans les affaires du *Sud-Ouest africain*⁵³. La restitution pouvait être demandée par différents États, et l'indemnisation pouvait être sollicitée au nom de divers intérêts, et cela devait être reflété dans le texte.

230. S'agissant du projet d'article 44 sur l'indemnisation, le Rapporteur spécial était disposé à envisager des dispositions plus précises, considérant qu'il était indispensable de tenir compte des différentes relations juridiques en cause, y compris des relations juridiques avec des entités non étatiques. Une conception moderne de la responsabilité devait s'envisager en plusieurs strates.

231. Il a en outre relevé qu'une majorité de membres de la Commission avaient préconisé la réintroduction de la référence au manque à gagner. Le problème était toutefois que l'article 44 tel qu'adopté en première lecture décodifiait le droit existant relatif au manque à gagner. La réintroduction de la référence nécessiterait un autre article ou paragraphe. La question pouvait aussi intéresser l'article 45 *bis*. De l'avis du Rapporteur spécial, il valait mieux conserver l'identité propre de l'article 45 *bis* et ne pas l'englober dans l'article 44. Une formulation propre des intérêts étant possible, un traitement particulier du manque à gagner était également possible.

232. S'agissant de la question du préjudice moral, il était clair que l'article 44 couvrait le préjudice moral subi par des personnes, alors que ce qui était qualifié de préjudice moral pour les États était censé être traité à l'article 45. L'emploi de l'expression "préjudice moral" était source de confusion pour les raisons qu'il avait exposées à propos de l'article 45. Au contraire, la teneur de la disposition devait être clarifiée, et des termes contestables comme "moral" ne devaient figurer que dans les commentaires.

233. En ce qui concerne l'article 45 relatif à la satisfaction, le débat sur le projet d'article avait révélé des divergences de vues majeures. La notion de satisfaction était consacrée dans la doctrine et la jurisprudence, et la supprimer constituerait un changement fondamental. La notion

⁵³ Affaires du *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, *CIJ Recueil*, 1966.

de satisfaction avait une fonction hybride, certains de ses aspects étant assimilés à la réparation, comme cela était le cas dans l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les aspects immatériels des différends internationaux étaient souvent importants et il était indispensable de régler les différends d'une manière qui "satisfasse" les deux parties. Cette nécessité d'un accord pour qu'il y ait satisfaction était implicite dans l'emploi du verbe "offrir".

234. Tout en reconnaissant que l'institution de la satisfaction avait fait l'objet par le passé de graves abus, le Rapporteur spécial a estimé que ce n'était pas une raison suffisante pour y renoncer, mais qu'il convenait de la réexaminer afin qu'elle remplisse les fonctions adaptées au monde contemporain. Le principal problème que posait l'article 45, tel qu'adopté en première lecture, était qu'il ne prévoyait pas la reconnaissance d'une violation par l'État qui l'avait commise, ni, dans un contexte judiciaire, la constatation de l'existence d'une violation. Dans la pratique moderne, la forme normale de la satisfaction était la constatation de l'existence d'une violation, comme cela avait été le cas dans l'affaire du *détroit de Corfou*. L'expression de regrets ou des excuses pouvaient, en impliquant qu'il y avait eu violation, remplir la même fonction. La démarche du Rapporteur spécial avait consisté à "scinder" la satisfaction en distinguant sa forme "normale", à savoir la reconnaissance de la violation par l'État qui l'avait commise ou sa constatation par un tribunal, de ses formes exceptionnelles. À cet égard, il n'était pas favorable à la fusion proposée des paragraphes 2 et 3, qui brouillerait cette distinction.

235. S'agissant du paragraphe 3, il a fait observer que les formes de satisfaction qui y étaient visées avaient un rôle essentiellement exemplaire et donc symbolique même si, dans certains cas, comme dans l'affaire du *I'm Alone*, une somme substantielle avait été allouée au titre de la satisfaction. Lorsqu'elle avait adopté les articles en première lecture, la Commission avait opté pour le traitement de ce type de situation dans le cadre de l'article 45, et non de l'article 44. Ce faisant, elle avait limité le concept de manière insatisfaisante, en rejetant l'analogie entre le préjudice immatériel causé à des individus en cas d'offense, *injuria* au sens général, et l'*injuria* envers des États. Un moyen d'atténuer les inquiétudes quant aux abus possibles de la satisfaction consisterait à admettre que cette forme de préjudice non matériel pouvait aussi être indemnisée au titre de l'article 44, en prévoyant l'octroi de dommages-intérêts aux États en cas d'*injuria*. Il ne resterait à l'article 45 que les éléments non pécuniaires et "expressifs" du règlement des différends.

236. Le Rapporteur spécial a indiqué que le maintien d'une liste non exhaustive des principales formes de satisfaction était utile. Il n'avait pas d'opinion bien arrêtée quant au maintien dans le projet d'articles des dommages-intérêts symboliques. Il a aussi observé que l'ouverture d'une enquête pouvait aussi se révéler importante en ce qu'elle permettait de savoir ce qui s'était effectivement passé et qu'elle pouvait, en outre, conduire à des assurances et des garanties de non-répétition.

237. S'agissant de l'alinéa c) du paragraphe 3, il a noté que l'on pouvait arguer que la teneur de cet alinéa était déjà couverte par les règles primaires et ne constituait pas une fonction essentielle de la satisfaction.

238. Pour ce qui concerne le paragraphe 4, il a rappelé que la majorité des membres de la Commission avaient souscrit à la notion de proportionnalité, et a souligné que le principal objectif du paragraphe 4 était de prévenir des exigences excessives en matière de satisfaction.

239. S'agissant de l'article 45 *bis* relatif aux intérêts, si certains membres avaient estimé que les intérêts étaient un aspect de l'indemnisation, la majorité des membres avaient exprimé leur préférence pour que les intérêts fassent l'objet d'un article distinct, même s'ils ne représentaient qu'un accessoire de l'indemnisation. Il estimait quant à lui que les dispositions relatives aux intérêts ne devaient pas être incorporées à l'article relatif à l'indemnisation car, dans certaines circonstances, des intérêts pouvaient être payables sur des sommes principales dues à un autre titre que l'indemnisation, par exemple sur une somme due en vertu d'une règle primaire.

240. À propos de l'article 46 *bis*, le Rapporteur spécial a fait observer que, si le but principal de l'article était de limiter le montant de l'indemnisation, il pouvait, dans certaines circonstances, avoir un effet différent, par exemple lorsque, en raison de la présentation tardive d'une demande de paiement, un tribunal pouvait être amené à décider qu'il n'y avait pas lieu au paiement d'intérêts.

241. Au sujet de l'alinéa a), il a noté que la majorité des membres avaient appuyé son libellé, qui était très proche du texte adopté en première lecture, lequel avait été largement accepté par les États. Une opposition était cependant apparue au cours du débat entre ceux qui étaient favorables à des dispositions plus étoffées et ceux qui préféraient des dispositions plus concises. Il appartiendrait au Comité de rédaction de tenter de concilier les différents points de vue.

13. Présentation par le Rapporteur spécial de la deuxième partie *bis* : Mise en œuvre de la responsabilité des États

Chapitre premier. Invocation de la responsabilité d'un État

a) Observations générales sur la deuxième partie *bis*

242. Le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission avait décidé à titre provisoire de formuler la deuxième partie sous l'angle des obligations de l'État auteur du fait illicite, et d'ajouter une nouvelle deuxième partie *bis* traitant des droits de l'État lésé d'invoquer la responsabilité. La Commission avait aussi accepté la distinction faite par le Rapporteur spécial entre l'État lésé en tant qu'État victime et les États qui avaient un intérêt légitime à invoquer la responsabilité même s'ils n'étaient pas eux-mêmes directement affectés par la violation.

243. Le deuxième additif du rapport du Rapporteur spécial traitait de l'invocation de la responsabilité par l'État lésé, à savoir l'État qui était partie à l'obligation bilatérale ou qui était spécialement affecté ou nécessairement affecté par la violation d'une obligation multilatérale. Ceci était sans préjudice des dispositions particulières sur le droit d'une autre catégorie d'États, à savoir ceux qui relevaient du paragraphe 2 de l'article 40 *bis*, d'invoquer la responsabilité de diverses manières, une question qui serait examinée ultérieurement.

b) Le droit d'invoquer la responsabilité d'un État (article 40 *bis*)

244. La Commission avait déjà examiné l'article 40 *bis*, même si la place qu'il occupait dans le projet d'articles était encore provisoire. Le Rapporteur spécial a ultérieurement proposé que ce projet d'article soit placé dans le chapitre premier de la deuxième partie *bis*. Il a indiqué qu'ordinairement l'État lésé pouvait choisir entre la restitution et l'indemnisation. Il n'estimait pas que l'État lésé pût choisir la forme de la satisfaction, c'est-à-dire exiger une forme particulière

de satisfaction, même s'il avait droit d'exiger satisfaction sous une forme ou une autre. Mais l'État lésé avait le droit de refuser la restitution en faveur de l'indemnisation. Cependant, il existait des limites exceptionnelles au droit de l'État lésé de le faire, comme l'indiquait la notion de choix "valable". Ces questions étaient généralement traitées dans le contexte de la continuité de l'exécution de l'obligation primaire, et non d'un mécanisme de choix entre les formes de réparation.

c) Invocation de la responsabilité par un État lésé (article 46 *ter*)

245. Le Rapporteur spécial a proposé un article 46 *ter*⁵⁴ sur les conditions formelles d'invocation de la responsabilité qu'il a élaboré par analogie avec l'article 65 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le premier paragraphe du projet d'article proposé exigeait comme condition minimum que la réclamation soit notifiée, car certaines conséquences découlaient de l'absence de notification de la réclamation sur une longue période, par exemple l'État pouvait être réputé y avoir renoncé.

246. Quant à la question de la recevabilité des réclamations, qui faisait l'objet du paragraphe 2, le Rapporteur spécial a fait observer que si des règles détaillées sur la nationalité des réclamations et l'épuisement des recours internes figuraient dans le sujet de la protection diplomatique, il s'agissait ici de conditions de la recevabilité de la réclamation elle-même, et non de questions de recevabilité judiciaire, lesquelles ne relevaient pas des projets d'articles sur la responsabilité des États. Comme telle, cette question méritait d'être mentionnée dans le projet d'articles, et c'était au chapitre premier de la deuxième partie *bis* que, selon lui, elle devait l'être.

⁵⁴ Le texte de l'article 46 *ter* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 46 *ter*

Invocation de la responsabilité par un État lésé

1. Un État lésé qui cherche à invoquer la responsabilité d'un autre État en vertu du présent projet d'articles doit notifier sa réclamation à cet État et devrait préciser :
 - a) le comportement qui est selon lui requis de l'État responsable pour assurer la cessation de tout fait illicite ayant un caractère continu, conformément à l'article 36 *bis*;
 - b) la forme que devrait prendre la réparation.
2. La responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée en vertu du paragraphe 1 si :
 - a) la réclamation n'est pas posée conformément à toute règle applicable en matière de nationalité des réclamations;
 - b) la réclamation est soumise à l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, et toutes voies de recours internes effectives qui sont à la disposition de la personne ou de l'entité au nom de laquelle la réclamation est posée n'ont pas été épuisées.

A/CN.4/507/Add.2, par. 284.

d) Perte du droit d'invoquer la responsabilité (article 46 *quater*)

247. Le Rapporteur spécial a noté que la Convention de Vienne sur le droit des traités envisageait la perte du droit d'invoquer un motif de suspension ou d'extinction d'un traité. Comme de telles questions se posaient fréquemment en pratique, il était opportun de proposer une disposition analogue traitant de la perte du droit d'invoquer la responsabilité, et tel était l'objet de l'article 46 *quater*⁵⁵. Les motifs possibles de perte du droit d'invoquer la responsabilité étaient la renonciation, la prescription, le règlement et l'extinction ou la suspension de l'obligation violée. Ces dernières étaient importantes, pour ainsi dire *a contrario*, parce que l'extinction ou la suspension de l'obligation violée ne faisaient pas naître de perte d'un droit d'invoquer la responsabilité, comme l'avaient relevé des tribunaux arbitraux à l'époque moderne.

248. Le texte proposé retenait deux motifs de perte du droit d'invoquer la responsabilité : la renonciation, y compris par la conclusion d'un règlement, et l'absence de notification dans un délai raisonnable. Pour ce qui est de la renonciation, il n'était pas douteux que normalement l'État lésé pouvait renoncer à une réclamation. Ceci était une manifestation du principe général du consentement. Il n'était néanmoins pas possible de codifier le droit des modalités de l'expression de leur consentement par les États. Pouvait être assimilée à une renonciation l'acceptation sans condition d'une offre de réparation (même partielle); en d'autres termes, le règlement du différend. Un second motif de perte du droit d'invoquer la responsabilité était le retard excessif; il n'y avait pas de période prédéfinie ni de délai pour la présentation des réclamations en droit international, mais les circonstances pouvaient être telles que l'État responsable pouvait raisonnablement croire que la réclamation avait été abandonnée, et cette idée faisait l'objet d'un paragraphe distinct.

⁵⁵ Le texte de l'article 46 *quater* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 46 *quater*

Perte du droit d'invoquer la responsabilité

La responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée en vertu du présent projet d'articles si :

a) la réclamation a fait valablement l'objet d'une renonciation, soit sous la forme de l'acceptation sans condition d'une offre de réparation, soit d'une autre manière non équivoque;

b) la réclamation n'est pas notifiée à l'État responsable dans un délai raisonnable après que l'État lésé a pris connaissance de la lésion, et si les circonstances sont telles que l'État responsable pouvait raisonnablement croire que la réclamation ne serait plus maintenue.

A/CN.4/507/Add.2, par. 284

e) Pluralité d'États lésés (article 46 *quinquies*)

249. Le Rapporteur spécial a rappelé que son deuxième rapport avait introduit la question de la pluralité d'États lésés et le problème épineux de la nature de la responsabilité lorsqu'il y avait plus d'un État en cause, dans le cadre du chapitre IV de la première partie, et qu'il avait été décidé de l'avis général que la Commission devrait traiter de cette question plus en détail. Le Rapporteur spécial a noté l'existence d'une tendance à recourir à la terminologie utilisée dans les systèmes de droit interne et à employer des expressions comme responsabilité solidaire ("*joint and several responsibility*" ou "*solidary responsibility*"). De fait, dans certains cas, des expressions comme "*joint and several responsibility*" ou "*joint and several liability*" étaient utilisées dans des traités, comme l'attestait la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux du 29 mars 1972⁵⁶. Le problème était néanmoins que les différents systèmes juridiques concevaient cette responsabilité différemment; et même à l'intérieur des systèmes, des différences existaient aussi selon les domaines du droit (droit des contrats ou responsabilité civile, par exemple). Il fallait donc être très prudent lorsque l'on recourait à des analogies avec le droit interne dans ce domaine.

250. Le Rapporteur spécial a proposé l'article 46 *quinquies* comme base du débat⁵⁷. Cette disposition ne préjugait pas de la situation dans laquelle des États parties à un régime particulier avaient défini un ensemble de règles applicables à une activité menée par plus d'un État, plus d'une entité ou plus d'une personne. En l'absence de dispositions particulières, la situation était relativement simple : quand il y avait plus d'un État lésé, au sens restreint du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*, chacun d'eux pouvait invoquer, pour son propre compte, la responsabilité de l'État responsable.

⁵⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187.

⁵⁷ Le texte de l'article 46 *quinquies* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 46 *quinquies*

Pluralité d'États lésés

Lorsque deux États ou davantage sont lésés par le même fait internationalement illicite, chaque État lésé peut, pour ce qui le concerne, invoquer la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

A/CN.4/507/Add.2, par. 284.

f) Pluralité d'États responsables du même fait internationalement illicite (article 46 *sexies*)

251. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'article 46 *sexies*⁵⁸ envisageait la situation dans laquelle plus d'un État étaient responsables d'un dommage particulier, différente de celle où une série d'États avaient séparément causé un dommage à un État donné. L'exemple classique est l'affaire du *détroit de Corfou*, dans laquelle un État A avait posé des mines sur le territoire d'un État B dans des circonstances telles que ce dernier État était responsable de la présence des mines. La responsabilité de l'État B dans ces circonstances particulières n'excluait pas la responsabilité de l'État A. De même, en vertu du chapitre IV de la première partie, plusieurs États pouvaient être simultanément responsables du même dommage causé par le même fait.

252. La disposition était nuancée de deux manières. Premièrement, l'alinéa a) du paragraphe 2 posait le principe prohibant le double recouvrement en tant que limite de la réparation, un principe qui a été reconnu par les cours et tribunaux. Toutefois, il jouait principalement dans les cas où l'État lésé faisait valoir une même réclamation, ou à tout le moins invoquait le même dommage à l'encontre de plusieurs États. D'autres situations pouvaient être envisagées, mais le projet d'articles ne pouvait traiter de toutes les ramifications procédurales des situations de responsabilités multiples. Il était donc suffisant de mentionner la règle interdisant le double recouvrement dans le cadre de la disposition traitant de la pluralité d'États responsables.

253. En outre, deux clauses de sauvegarde relatives à la recevabilité d'une procédure et à l'exigence de contribution entre États responsables ont été incluses à l'alinéa b). Sur le premier point, la référence première est la règle énoncée dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome*

⁵⁸ Le texte de l'article 46 *sexies* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 46 *sexies*

Pluralité d'États responsables du même fait internationalement illicite

1. Lorsque deux États ou davantage sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État doit être déterminée conformément au présent projet d'articles par rapport au fait de cet État.
2. Le paragraphe 1 :
 - a) ne permet pas à un État, une personne ou une entité de recouvrer par le biais de l'indemnisation davantage que le dommage qu'il ou elle a subi;
 - b) est sans préjudice de :
 - i) toute règle relative à la recevabilité d'une procédure devant une cour ou un tribunal;
 - ii) toute exigence de contribution existant entre les États responsables.

A/CN.4/507/Add.2, par. 284.

en 1943⁵⁹, bien que ce fût une règle de procédure purement judiciaire. Quant à la question de la contribution, qui devait être résolue entre les États concernés, l'idée était que l'État lésé pouvait obtenir réparation intégrale du préjudice que lui avait causé l'acte imputable à l'État A, même si le même acte était imputable également à l'État B ou si l'État B en était responsable. Ce principe découlait de la décision prise dans l'affaire du *détroit de Corfou*, et était étayé par les principes généraux du droit et des considérations d'équité.

254. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'il avait aussi examiné dans son rapport le principe *non ultra petita*⁶⁰, selon lequel un tribunal ne pouvait, en relation avec une réclamation internationale, accorder à un État plus que celui-ci a demandé. Si ce principe avait été largement reconnu par les tribunaux, il s'agissait en réalité d'une manifestation de la doctrine sous-jacente du choix, et il n'y avait donc pas à le consacrer expressément dans le projet d'articles.

14. Résumé du débat sur la deuxième partie bis

Chapitre premier. Invocation de la responsabilité d'un État

a) Le droit d'invoquer la responsabilité d'un État (article 40 bis)

255. S'agissant de la place de l'article 40 bis, qu'il était proposé de placer dans la deuxième partie bis, on a noté qu'il n'y aurait plus dans la deuxième partie d'indication quant aux États auxquels les obligations découlant de la responsabilité internationale étaient dues. De même, la deuxième partie bis devait aussi être complétée, parce que l'article 40 bis, tel que proposé par le Rapporteur spécial, distinguait entre les États lésés et ceux qui avaient un intérêt juridique, mais il était nécessaire de préciser ce qu'impliquait le fait d'avoir un intérêt juridique. L'article 46 ter permettait à l'État lésé invoquant la responsabilité de choisir la forme de la réparation, mais rien n'était dit sur cette dernière catégorie d'États. Les États en question pouvaient, par exemple, demander la cessation et des assurances et garanties de non-répétition.

b) Invocation de la responsabilité par un État lésé (article 46 ter)

256. L'idée d'inclure, sur les formes de l'invocation de la responsabilité, un article comparable à celui proposé par le Rapporteur spécial a bénéficié d'un appui général.

257. Pour ce qui est de l'obligation de notifier la réclamation, prévue dans la disposition liminaire du paragraphe 1 de la proposition du Rapporteur spécial, on a dit que l'analogie avec l'invocation de la nullité, la suspension ou l'extinction d'un traité en vertu de l'article 65 de la Convention de Vienne sur le droit des traités était poussée trop loin. Il n'y avait aucune raison

⁵⁹ Affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943 (*Question préliminaire*), CIJ Recueil 1954, p. 19.

⁶⁰ A/CN.4/107/Add.2, par. 244 à 247.

qu'un État doive d'abord formuler une protestation ou notifier son intention d'invoquer la responsabilité.

258. En outre, le fait que le texte n'exigeait pas que la notification de la réclamation soit écrite a été approuvé. À cet égard, l'analogie avec l'article 23 de la Convention de Vienne n'était pas appropriée. Les États ne communiquaient pas toujours par écrit, et on ne savait pas toujours clairement quels actes étaient couverts par l'expression "par écrit". Selon les circonstances, la notification pouvait être valablement faite sous diverses formes, allant d'un rappel officiel ou confidentiel à une déclaration publique ou une protestation officielle. On a évoqué à cet égard l'approche souple adoptée dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*⁶¹. De ce fait, exiger un écrit ne refléterait pas la pratique existante ni les normes adoptées par la Cour internationale de Justice. Certains membres ont, à l'opposé, proposé d'ajouter "par écrit" après le mot "notifié". On a aussi proposé d'employer l'expression "notifier officiellement" ou, dans le texte anglais, le terme "*notification*". Le Rapporteur spécial a fait observer en réponse que sa proposition ne prévoyait qu'une obligation de "notifier", un terme qui était plus souple que le mot "écrit"; il a convenu que beaucoup dépendait des circonstances.

259. Pour ce qui est des alinéas a) et b), on a proposé, dans la disposition liminaire du paragraphe 1, de remplacer "devrait", trop permissif, par "doit", afin que les prescriptions figurant dans ces alinéas soient obligatoires. Pour d'autres membres, toutefois, "devrait" reflétait mieux l'état du droit. On a aussi proposé que les alinéas a) et b) soient supprimés et transférés en substance dans le commentaire.

260. Pour certains membres, l'alinéa a) du paragraphe 1 donnait l'impression que l'État lésé pouvait décider du comportement requis, ce qui n'était pas le cas. Un État responsable aurait le droit de formuler des objections si on exigeait un comportement autre que celui requis par la règle violée. On a aussi dit que la disposition devrait être indicative et non restrictive, afin qu'elle ne se limite pas à la cessation.

261. S'agissant de l'alinéa b) du paragraphe 1, on a dit que le droit de l'État lésé de choisir la forme de réparation n'était pas énoncé de manière suffisamment claire, car l'on envisageait la forme et la procédure au sens large, mais non l'objet et le contenu de la réclamation. Le droit de choisir devrait être expressément énoncé dans le projet d'articles : l'État lésé pouvait exiger la restitution conformément à l'article 43 chaque fois que celle-ci était possible et non disproportionnée; l'État lésé ne pouvait renoncer à la restitution en cas de violation d'une norme impérative du droit international général, puisque le respect de l'obligation était dans l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale; mais, dans d'autres cas, rien n'empêchait un État de renoncer à la restitution ou à l'indemnisation au profit de la satisfaction. Selon une autre opinion, l'alinéa b) de l'article premier énonçait clairement le droit de l'État lésé de choisir la forme de la réparation. Pour d'autres membres encore, le "droit" de l'État lésé de choisir la forme de réparation n'était pas absolu, en particulier lorsque la restitution en nature était possible, faute

⁶¹ Affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, CIJ Recueil 1992, p. 240.

de quoi le principe de la priorité de la restitution sur l'indemnisation n'aurait plus aucun sens. On a dit douter, en particulier, que ce droit de choisir puisse être interprété comme un droit subjectif de l'État lésé, auquel correspondait une obligation à la charge de l'État responsable (fournir la forme de réparation "valablement" choisie par l'État lésé). En pratique, le choix se limitait fréquemment à la restitution et l'indemnisation, sur la base d'un accord entre les parties. Le choix de la forme de réparation devait être considéré comme une "option" ou "prétention" au profit de l'État lésé, et non à un droit que l'État responsable était tenu de respecter. En pratique, la question du choix de la forme de la réparation se poserait à un stade ultérieur, après les contacts initiaux avec l'État défendeur, de telle manière qu'il ne fallait pas l'assimiler à la notification initiale de la réclamation.

262. On a noté en outre que, si le projet d'articles ne régissait que les relations entre États, ces relations pouvaient être affectées par le fait que des individus ou des entités autres que les États étaient les bénéficiaires de la réparation, c'est-à-dire que des réclamations pouvaient être formulées à leur profit. On a donc proposé de reconnaître que les individus pouvaient avoir leur mot à dire dans le choix de la forme de la réparation.

263. En ce qui concerne le paragraphe 2, on a proposé d'en faire un article distinct, intitulé "Conditions de l'exercice de la protection diplomatique", parce qu'il n'était pas clairement lié au paragraphe 1.

264. On a dit craindre que la référence à l'alinéa a) du paragraphe 2 à la règle de la nationalité des réclamations ne préjuge des travaux futurs sur le sujet de la protection diplomatique. En outre, on a estimé que l'expression "nationalité des réclamations" était imprécise, et qu'il serait préférable de parler de la nationalité de la personne au nom de laquelle un État formulait une réclamation.

265. Toujours en ce qui concerne l'alinéa b) du paragraphe 2, on a fait observer que l'inclusion d'un article sur la règle de l'épuisement des recours internes dans le projet d'articles limiterait la liberté de la Commission en relation avec le sujet de la protection diplomatique. Il était donc préférable d'utiliser une formule plus neutre, et de dire par exemple que les recours internes devaient avoir été épuisés conformément aux règles applicables du droit international. En procédant ainsi, on éviterait aussi de préjuger la question de savoir quelle approche – de fond ou procédurale – de la règle de l'épuisement des recours internes il fallait préférer. Pour d'autres membres, la formule utilisée par le Rapporteur spécial semblait pencher pour la théorie procédurale, et il était bien qu'il en soit ainsi. Néanmoins, il pourrait être plus judicieux de faire figurer dans la quatrième partie une clause de sauvegarde générale concernant le droit de la protection diplomatique.

266. En réponse, le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission avait déjà examiné la question de l'épuisement des recours internes à l'occasion de l'examen de son deuxième rapport⁶²

⁶² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, par. 220 à 243.

et qu'elle avait conclu que la question devait être laissée en suspens, parce que l'approche à retenir (de fond ou procédurale) dépendait du contexte. Lorsqu'il était clair qu'il y avait déjà eu une violation (par exemple, en cas de torture), l'épuisement des recours internes était une condition procédurale pouvant faire l'objet d'une renonciation; dans d'autres cas, le déni de justice était le fond même de la réclamation. Il pouvait aussi y avoir des cas limites. La formulation de l'article 46 ne visait pas à préjuger la question. En outre, une référence expresse dans le projet d'articles était préférable, puisqu'on pouvait à tout le moins arguer que la règle de l'épuisement des recours internes s'appliquait hors du domaine de la protection diplomatique, par exemple aux réclamations individuelles formulées en matière de droits de l'homme en vertu du droit international général. Il était important que les dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme visent la règle de l'épuisement des recours internes comme étant celle applicable en vertu du droit international général.

267. Quant au principe *non ultra petita*, on a dit qu'il ne fallait pas le faire figurer dans le projet d'articles, car les tribunaux avaient le droit, dans les cas exceptionnels, de fixer une indemnisation supérieure à ce que demandait l'auteur de la réclamation. Son inclusion risquait aussi de limiter la liberté d'action des tribunaux internationaux de combiner comme ils le jugeaient bon les modes de réparation. D'autres membres ont cependant estimé que ce principe faisait partie intégrante du droit positif.

c) Perte du droit d'invoquer la responsabilité (article 46 *quater*)

268. Selon un avis, le mot "renonciation" était employé dans un sens beaucoup trop large. Il a été suggéré dans ces conditions de faire appel à la place à la notion plus générale d'"acquiescement". On a fait valoir que l'expression "sans condition" et l'adjectif "non équivoque" appelaient des éclaircissements. Il a été suggéré de prévoir par ailleurs le cas d'une renonciation partielle au droit d'invoquer une forme de réparation donnée, autrement dit que le choix du mode de réparation était une forme de renonciation partielle. L'avis a été exprimé aussi que le règlement ne saurait être tenu pour une forme de renonciation, mais qu'il devrait être traité séparément, parce qu'il ne suffisait pas qu'un État agisse unilatéralement. Le règlement devait être le fruit de l'action des deux États. Des doutes ont été par ailleurs émis quant à l'opportunité d'assimiler l'acceptation sans condition d'une offre de réparation à une renonciation.

269. La question a été posée de savoir ce qu'il advenait du fait illicite et de l'obligation de cessation et de réparation en cas de perte du droit d'invoquer la responsabilité. À ce propos, on a fait observer que l'obligation de réparation subsistait et que le fait illicite ne pouvait devenir licite que si la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité équivalait à un consentement *ex post*.

270. Sur la question du délai et de la prescription extinctive, on a souscrit à l'avis du Rapporteur spécial selon lequel l'écoulement du temps ne suffisait pas en soi à rendre une demande en réparation irrecevable. Il était douteux que la prescription extinctive fût reconnue en droit international général dans le cas de toutes les catégories de réclamations. Elle n'était certainement pas indiquée dans le contexte des "crimes", réputés être imprescriptibles. De même, on a fait valoir les difficultés qu'il y avait à appliquer l'idée de prescription dans le cas des États qui étaient passés par un processus de décolonisation, car, très souvent, les éléments de preuve qui leur permettraient d'invoquer la responsabilité d'un autre État ne leur avaient pas été remis lors de leur accession à l'indépendance : la Cour internationale de Justice avait tenu compte de

ce contexte dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*. De même, l'expression "délai raisonnable" a été jugée trop vague. En revanche, d'autres membres ont considéré que cette notion était utile, en ce qu'elle laissait au tribunal le soin de déterminer, à partir des particularités de chaque réclamation, si le retard survenu dans la notification constituait un motif de perte du droit d'invoquer la responsabilité. Il n'était pas sûr que l'affaire *La Grand*⁶³ citée dans le rapport fut un exemple approprié de perte du droit d'invoquer la responsabilité.

271. Une préférence a été exprimée en faveur du remplacement du dernier membre de phrase "l'État responsable pouvait raisonnablement croire que la réclamation ne serait plus maintenue" par une indication du comportement du requérant, car faire état de ce que la partie défenderesse avait cru pouvait soulever des problèmes quant à l'administration de la preuve. On a considéré aussi que tout ce membre de phrase était vague et subjectif et qu'il pouvait être supprimé.

d) Pluralité d'États lésés (article 46 *quinquies*)

272. La proposition du Rapporteur spécial a été généralement approuvée, de même que l'idée que, contrairement à l'optique du projet d'articles adopté en première lecture, les relations internationales contemporaines revêtaient de plus en plus la forme de relations plurilatérales, phénomène qu'il était nécessaire de refléter dans le projet d'articles.

273. Toutefois, on a aussi émis l'avis que la situation envisagée à l'article 46 *quinquies* était par trop simpliste. On a cité l'exemple des réclamations multiples qui pouvaient être présentées au nom de particuliers (ressortissants étrangers) dans le cadre du régime européen de protection des droits de l'homme contre un État partie à la Convention européenne des droits de l'homme. Outre que le particulier pouvait lui-même présenter une réclamation, tout autre État partie à la Convention pouvait lui aussi soumettre une plainte contre l'État partie en cause. En outre, l'État de la nationalité avait le droit d'invoquer la responsabilité de l'État en question dans le dommage causé à ses nationaux dans le cadre du régime général de la responsabilité. De plus, tout autre État aurait le droit d'invoquer la responsabilité au sens strict si la violation était une violation flagrante d'une obligation *erga omnes*. Quatre différents types de conséquences pouvaient donc être envisagés pour un seul et même fait illicite. De même, la disposition à l'étude ne tenait pas suffisamment compte de la participation d'une organisation internationale aux actions menées conjointement par plusieurs États, ni en particulier de la responsabilité individuelle des États membres d'une organisation au sein de laquelle ils étaient censés agir selon le régime de la responsabilité solidaire. L'avis a été exprimé que le fait que les États agissaient conformément à une décision d'une organisation internationale n'avait aucune incidence sur l'illicéité de leur comportement. Il a été cependant souligné que la question de la responsabilité des organisations internationales outrepassait le champ du projet d'articles à l'étude.

274. Des avis divergents ont été émis quant à l'adéquation de l'exemple cité de la Convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets

⁶³ Affaire *La Grand*, *Demande en indication de mesures conservatoires*, CIJ Recueil 1999, p. 9.

spatiaux. De l'avis de certains membres, même si elle pouvait servir à illustrer le régime de la responsabilité solidaire (*joint and several liability*), la Convention était un exemple isolé qui n'avait pas fait école et ne pouvait être considérée comme attestant l'existence d'une tendance donnée en droit international. D'autres membres ont considéré que la mention de la Convention était tout à fait justifiée et qu'il faudrait aussi citer son article VI, qui réunissait des éléments de responsabilité internationale (*liability*) et de responsabilité des États (*responsability*). Des doutes ont été exprimés quant à l'utilité de l'exemple des accords mixtes conclus dans le cadre de l'Union européenne, qui faisaient l'objet d'un régime qui leur était propre. Le Rapporteur spécial a fait observer que le rapport avait pour but de recenser la pratique en la matière, qu'elle coïncidât ou non avec les conclusions formulées. Lui-même avait maintenu que ni le régime de la responsabilité solidaire visé dans la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux ni celui des accords mixtes conclus dans le cadre de l'Union européenne ne reflétaient la position générale du droit international.

e) Pluralité d'États responsables du même fait internationalement illicite (article 46 *sexies*)

275. L'article proposé a recueilli un appui, mais on a fait observer que le paragraphe 1 soulevait des problèmes, parce qu'on ne savait pas très bien quand il y avait "même fait internationalement illicite" dans le cas d'une pluralité d'États auteurs. Il se pouvait qu'il y ait une pluralité de faits illicites commis par différents États contribuant au même dommage. Par exemple, dans l'affaire du *détroit de Corfou*, on pouvait prétendre qu'il y avait effectivement deux faits illicites, et non pas un. D'autres membres ont considéré que l'affaire du *détroit de Corfou* montrait que le droit international penchait pour la responsabilité solidaire. Si le fait internationalement illicite de plusieurs États avait contribué au même dommage, chacun de ces États était tenu à la réparation du préjudice dans son ensemble, quitte à se retourner contre les États coresponsables, comme dans le cas de l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*.

276. S'agissant du caractère subsidiaire des analogies tirées des systèmes juridiques nationaux dans le contexte de l'article 46 *sexies*, dont il était question au paragraphe 275 du rapport, il a été noté que les principes généraux de droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice reposaient sur des analogies tirées des systèmes juridiques nationaux. D'autres membres ont noté que ces analogies présentaient un intérêt limité en l'occurrence en raison des différences existant entre les systèmes nationaux et les terminologies.

277. S'agissant du libellé du paragraphe 1, il a été suggéré de mettre l'accent sur les conséquences et non sur l'établissement de la responsabilité. Le Rapporteur spécial a expliqué que le mot "responsabilité" renvoyait à l'ensemble du projet d'articles.

278. À propos du paragraphe 2, une préférence a été exprimée en faveur de sa reformulation et de son incorporation dans l'article 44, consacré à l'indemnisation. S'agissant de l'alinéa a) du paragraphe 2, on a émis l'avis que la règle interdisant le double recouvrement pouvait s'appliquer non seulement lorsqu'il existait une pluralité d'États responsables, mais aussi de façon plus générale; d'un autre côté, point n'était besoin de faire état du recouvrement de l'indemnisation par "une personne ou une entité" autre qu'un État, cette question relevant davantage du sujet de la protection diplomatique, étant entendu que l'État pouvait être lésé dans la personne de ses

ressortissants. En outre, on a indiqué qu'il serait préférable de faire mention de la réparation plutôt que de l'indemnisation.

279. Des avis partagés ont été émis à propos de l'alinéa b) i), sur la question des règles relatives à la recevabilité de la procédure. Il a été proposé de transférer cette disposition dans le commentaire dès lors que le projet d'articles n'avait pas à s'intéresser aux questions de procédure, et d'un autre côté on a appuyé le maintien de cette disposition.

280. À propos de l'alinéa b) ii), il a été observé que l'exigence de contribution était une règle relevant de la *common law* et non du droit romaniste. Il serait donc préférable d'utiliser une expression plus neutre.

15. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre premier

281. Le Rapporteur spécial a noté qu'un accord général s'était dégagé au sein de la Commission en faveur de l'incorporation dans le projet d'articles d'un chapitre consacré à l'invocation de la responsabilité d'un État, distinct des chapitres traitant des conséquences directes d'un fait internationalement illicite.

282. À propos de l'article 46 *ter*, le Rapporteur spécial a déclaré avoir considéré qu'en anglais, le mot "*notice*" était moins formel que le mot "*notification*". Des divergences de vues avaient été exprimées sur le caractère plus ou moins formel de la notification, et sur la question de savoir si celle-ci devait être faite par écrit ou non. Le Rapporteur spécial, à titre provisoire, partageait l'avis de la majorité de la Commission selon laquelle elle ne devrait pas être faite par écrit.

283. La question plus fondamentale concernait celle du choix entre les différents modes de réparation. La situation était totalement différente dans le cas où la question de la réparation, y compris la restitution, était liée à celle de la continuité de l'exécution de l'obligation. Il se pourrait que l'État lésé ne soit pas seul compétent pour dégager l'État responsable du devoir de continuer à exécuter l'obligation. Rien dans la doctrine en la matière ne permettait de résoudre le problème.

284. Restait donc à examiner le cas du rétablissement de la situation telle qu'elle existait antérieurement, lorsque le maintien de l'exécution de l'obligation n'était pas requis. La question était de savoir si, dans ces circonstances, l'État lésé pouvait librement choisir le mode de réparation, ou, dans les cas où la restitution était possible, si l'État responsable pouvait insister sur la restitution en lieu et place de l'indemnisation. Si l'État lésé avait déjà subi une perte susceptible d'évaluation financière, qui n'avait pas été réparée intégralement par la restitution, l'État responsable pouvait-il insister sur la restitution ? À la connaissance du Rapporteur spécial, jamais pareille situation ne s'était produite, et le problème n'était pas aisé à résoudre dans l'abstrait. Il avait retenu l'adverbe "*valablement*" s'agissant de la renonciation, mais ce terme pouvait aussi s'appliquer, du moins implicitement, au choix de la forme de réparation en vertu de l'article 46 *ter*.

285. Quant à la question de savoir si les articles devraient être plus détaillés, s'agissant et de la validité du choix opéré et de la situation où il y avait plus d'un État lésé et où les États lésés n'étaient pas d'accord entre eux, le Rapporteur spécial pensait qu'ils ne devraient pas l'être,

en partie parce que la pratique des États ne donnait aucune orientation et en partie parce que cela dépendrait dans une large mesure des circonstances particulières du fait et des règles en jeu. La déduction à tirer du chapitre II de la deuxième partie était probablement que dans les cas où la restitution était possible, chaque État lésé avait droit à la restitution. Il se pourrait que ce droit l'emporte sur le choix opéré par un autre État lésé, à tout le moins lorsque ce choix avait pour effet de dénier ce droit. Mais de l'avis du Rapporteur spécial, il conviendrait de laisser jouer cette déduction car il était impossible d'envisager tout l'éventail des cas possibles.

286. Le Rapporteur spécial convenait avec la majorité que le paragraphe 2 de l'article 46 *ter* devrait être maintenu en tant qu'article distinct. Cette disposition posait la question plus générale du rapport entre le projet d'articles sur la responsabilité des États et le projet d'articles sur la protection diplomatique. La protection diplomatique n'était pas distincte de la responsabilité des États : un État agissant pour le compte de l'un de ses nationaux invoquait néanmoins la responsabilité des États. La suppression de la mention de la règle de l'épuisement des recours internes susciterait force préoccupations parmi les gouvernements, vu en particulier la place qu'elle occupait dans le projet d'articles adopté en première lecture. De plus, cette règle s'appliquait non seulement dans le cadre de la protection diplomatique mais aussi dans le cas de violations individuelles des droits de l'homme, violations qui relevaient non pas du droit de la protection diplomatique mais du droit de la responsabilité des États. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial penchait pour un article distinct reprenant la teneur du paragraphe 2 qui figurerait dans la deuxième partie *bis*, sans préjudice du débat contradictoire sur la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de fond ou une règle de procédure.

287. À propos de l'article 46 *quater*, relatif à la perte du droit d'invoquer la responsabilité, le Rapporteur spécial a noté que l'alinéa a) avait recueilli un appui général, même s'il avait été suggéré de traiter de la notion de règlement par opposition à celle de renonciation. S'agissant de l'alinéa b), il a noté qu'il avait été observé qu'il existait une distinction entre le cas d'un délai déraisonnable revenant à un retard excessif ou *mora* et le cas où un retard pris par un État causait un préjudice effectif à l'État responsable.

288. S'agissant de la question de l'existence d'une pluralité d'États lésés ou d'États responsables, le Rapporteur spécial a noté qu'un appui général s'était dégagé en faveur de la démarche modérée qu'il avait suivie pour formuler les articles correspondants. Aucun appui ferme ne s'était manifesté au cours du débat en faveur d'une démarche plus catégorique privilégiant la théorie de la responsabilité solidaire. Le Rapporteur spécial a fait observer que l'affaire du *détroit de Corfou*, qui avait été interprétée comme mettant en jeu deux faits illicites distincts ayant occasionné le même dommage, pouvait être interprétée d'une autre manière, à savoir comme le fait que deux États avaient agi de connivence dans le cadre d'un fait illicite unique. Cela étant, il a proposé que le Comité de rédaction examine la question de l'application de l'article 46 *sexies* au cas où il existait plusieurs faits illicites ayant causé chacun le même dommage.

289. Au sujet de l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 46 *sexies*, le Rapporteur spécial s'est opposé à la proposition tendant à supprimer la mention "une personne ou une entité". Il se trouvait à n'en pas douter des cas de recouvrement par l'entité individuelle lésée dans le cadre d'une procédure interne ou d'une procédure devant un tribunal international. Il était nécessaire de

tenir compte dans ces cas du principe prohibant le double recouvrement. S'agissant de l'alinéa b) du paragraphe 2, le Rapporteur spécial est convenu que le point i) énonçait une règle de recevabilité au regard des tribunaux qui n'avait pas sa place dans l'article. Elle pourrait peut-être faire l'objet d'une clause de sauvegarde générale dans la quatrième partie. Le Rapporteur spécial a noté qu'il n'y avait aucun désaccord quant au fond sur le point ii).

16. Présentation de la deuxième partie *bis* par le Rapporteur spécial : mise en œuvre de la responsabilité des États (suite)

Chapitre II. Contre-Mesures

a) Observations générales sur les contre-mesures

290. Le Rapporteur spécial a fait observer que le troisième additif de son rapport (A/CN.4/507) concernait uniquement la prise de contre-mesures par un État lésé, tel que défini au paragraphe 2 de l'article 40 *bis*, et que la question des contre-mesures collectives était envisagée dans le quatrième additif⁶⁴.

291. Il a rappelé que si les projets d'articles adoptés en première lecture établissaient un lien entre la prise de contre-mesures et le règlement des différends, il avait tenu compte de la décision prise par la Commission à titre provisoire en 1999 d'élaborer sur les contre-mesures des dispositions sans lien spécifique avec de nouvelles dispositions relatives au règlement des différends, et d'envisager les questions touchant le règlement des différends dans le projet d'articles à la lumière de l'ensemble du texte⁶⁵.

292. Les articles proposés reflétaient une restructuration visant à résoudre un certain nombre de difficultés théoriques et autres tout en maintenant la substance des articles 47 à 50 adoptés en première lecture. Tel qu'adopté en première lecture, l'article 47 était une disposition hybride en ce qu'elle visait à définir les contre-mesures tout en essayant de les limiter, ce qui créait des problèmes. L'article 48 créait un problème, celui de la relation entre la procédure de demande de réparation et la prise des contre-mesures, qui était le plus controversé de l'ensemble du texte, et qu'il essayait de résoudre par une distinction entre mesures conservatoires et autres mesures dont la formulation n'était pas satisfaisante. Tel qu'adopté en première lecture, l'article 49 avait été conçu sous la forme d'une double négation, et le Rapporteur spécial en proposait une formulation plus stricte à la lumière des orientations données par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*. L'article 50 traitait de deux questions différentes du point de vue conceptuel : celle de savoir quelles obligations pouvaient être suspendues à titre de contre-mesures, et celle de savoir quels effets les contre-mesures ne pouvaient pas avoir, par exemple, porter atteinte aux droits de l'homme ou aux droits d'États tiers.

⁶⁴ Voir par. 355 à 357 ci-après.

⁶⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, par. 426 à 453.

293. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'en 1999 il avait proposé l'ajout d'un article 30 *bis* traitant de l'exception d'inexécution en tant que circonstance excluant l'illicéité⁶⁶. À l'époque, la Commission avait décidé de reporter l'examen de ce projet d'article jusqu'à ce qu'elle soit à même, à la lumière des articles relatifs aux contre-mesures qu'elle devait examiner en 2000, d'en évaluer la nécessité et de se prononcer sur sa formulation précise. Pour les raisons que le Rapporteur spécial exposait aux paragraphes 363 à 366 de son troisième rapport, il ne proposait plus d'inclure cette disposition dans le projet d'articles.

b) Les contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité (article 30)

294. Le Rapporteur spécial a fait observer que la Commission avait lors de sa session de 1999 décidé de conserver dans le chapitre V de la première partie un article sur les contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité, mais d'attendre pour donner au texte de cet article sa forme définitive d'avoir examiné les contre-mesures prévues dans le chapitre III de la deuxième partie tel qu'adopté en première lecture⁶⁷. Le Rapporteur spécial proposait maintenant une nouvelle formulation de l'article 30, plus simple⁶⁸.

c) Objet et contenu des contre-mesures (article 47)

295. Le Rapporteur spécial a souligné la distinction fondamentale qui existait entre la suspension d'une obligation et la suspension de son exécution. La Convention de Vienne sur le droit des traités envisageait la suspension des obligations conventionnelles mais n'indiquait pas comment de telles obligations devaient être remises en vigueur. En partie pour éviter toute confusion avec la suspension des traités, on s'était abstenu, dans les projets d'articles adoptés en première lecture, d'utiliser le mot "suspension". L'article 47 se contentait de dire que des contre-mesures étaient prises lorsqu'un État n'exécutait pas ses obligations. Mais cette approche posait problème, car dire qu'un État "n'exécute pas ses obligations" couvrait tous les types de situation, y compris celles dans lesquelles le dommage pouvait être irréparable et permanent.

296. Pour le Rapporteur spécial, l'essence de la notion de contre-mesure était qu'il s'agissait de la suspension par l'État lésé de l'exécution d'une obligation due à l'État responsable dans l'intention d'amener ce dernier à exécuter ses obligations de cessation et de réparation.

⁶⁶ Ibid., par. 334 à 347.

⁶⁷ Ibid., par. 332 et 333, et 426 à 453.

⁶⁸ Le texte proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 30 se lit comme suit :

L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure licite telle que prévue aux articles [47] à [50 *bis*].

A/CN.4/507/Add.3, par. 362.

Cette notion était énoncée dans le texte qu'il proposait pour l'article 47⁶⁹, et était assujettie aux limitations prévues dans les autres articles du chapitre II.

297. Le Rapporteur spécial a souligné que les contre-mesures susceptibles d'être prises n'étaient pas des contre-mesures réciproques, au sens que l'ancien Rapporteur spécial, M. Riphagen, donnait à ce terme⁷⁰, à savoir des contre-mesures en relation avec la même obligation ou une obligation connexe. La question était de savoir si la notion de contre-mesures réciproques devait être introduite soit exclusivement soit au moins partiellement comme base de distinction dans le domaine des contre-mesures. Le Rapporteur spécial approuvait la décision prise par la Commission en première lecture de rejeter cette distinction. Limiter les contre-mesures aux contre-mesures réciproques créerait une situation dans laquelle plus répréhensible était le comportement de l'État responsable, moins il y avait de chances que des contre-mesures soient disponibles, parce que plus le comportement était répréhensible, plus il y avait de chances qu'il porte atteinte, par exemple, à des obligations en matière de droits de l'homme. Le vieil adage "dent pour dent" ne pouvait servir de base aux contre-mesures dans le monde moderne.

298. Un autre élément important qui manquait dans les projets d'articles adoptés en première lecture était la question du retour à la licéité si les contre-mesures produisaient leur effet et que les parties parvenaient à un règlement. Le Rapporteur spécial proposait de traiter de cette question en recourant à la notion de suspension de l'exécution d'une obligation, et non de l'obligation elle-même, énoncée au paragraphe 2 du texte qu'il proposait pour l'article 47. L'obligation demeurerait en vigueur, et il n'était pas question qu'elle soit suspendue. L'obligation était là comme quelque chose par rapport à quoi les contre-mesures pouvaient être évaluées. Le Rapporteur spécial a fait observer que dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice avait vu dans la réversibilité un élément substantiel de la notion de

⁶⁹ Le texte de l'article 47 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 47

Objet et contenu des contre-mesures

1. Sous réserve des articles suivants, un État lésé peut prendre des contre-mesures contre un État responsable d'un fait internationalement illicite pour l'inciter à s'acquitter de ses obligations en vertu de la deuxième partie, aussi longtemps qu'il ne s'est pas acquitté de ces obligations et pour autant que cela soit nécessaire à la lumière de ses réponses à la demande qu'il s'en acquitte.
2. Les contre-mesures sont limitées à la suspension de l'exécution d'une ou plusieurs obligations internationales à la charge de l'État prenant ces mesures envers l'État responsable.

A/CN.4/507/Add.3, par. 367. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 293 à 297, et 321 à 333.

⁷⁰ *Annuaire ... 1985*, vol. II, première partie, p. 11 (article. 8).

contre-mesures. Il approuvait cette idée dans son principe, et la question était de savoir comment lui donner effet, étant donné que pendant qu'elles étaient en vigueur, les contre-mesures avaient pour l'État responsable des effets négatifs dont personne ne suggérait qu'ils devaient être "défaits" rétrospectivement.

d) Obligations non soumises à des contre-mesures et contre-mesures interdites
(articles 47 *bis* et 50)

299. Le Rapporteur spécial a proposé de scinder l'article 50 tel qu'adopté en première lecture en deux dispositions. Les articles qu'il proposait distinguaient ainsi entre les obligations dont l'exécution ne pouvait être suspendue à titre de contre-mesures (article 47 *bis*⁷¹), et les obligations auxquelles il ne pouvait être porté atteinte à titre de contre-mesures (article 50⁷²). Cette distinction était importante du point de vue de l'impact des contre-mesures sur les droits de l'homme. Les obligations en matière de droits de l'homme ne pouvaient être suspendues à titre de contre-mesures, car par définition les contre-mesures étaient prises contre un État et non contre des individus. Le problème se posait néanmoins de l'impact possible des contre-mesures sur les obligations en matière de droits de l'homme, une question traitée à l'article 50.

⁷¹ Le texte de l'article 47 *bis* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 47 *bis*

Obligations non soumises à des contre-mesures

Les obligations suivantes ne peuvent pas être suspendues à titre de contre-mesures :

- a) Les obligations relatives à la menace ou à l'emploi de la force prévues dans la Charte des Nations Unies;
- b) Les obligations relatives à l'inviolabilité des agents, locaux, archives ou documents diplomatiques ou consulaires;
- c) Toute obligation relative au règlement des différends par tierce partie;
- d) Les obligations à caractère humanitaire excluant toute forme de représailles contre les personnes qu'elles protègent;
- e) Toute autre obligation existant en vertu des normes impératives du droit international général.

A/CN.4/507/Add.3, par. 367. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 334 à 343.

⁷² Le texte de l'article 50 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 50

Contre-mesures interdites

Les contre-mesures ne doivent pas :

300. L'alinéa a) de l'article 47 *bis* précisait que les contre-mesures n'étaient pas des représailles coercitives, des représailles belligérantes ni l'emploi de la force. Quant à l'alinéa b), sur l'immunité diplomatique et consulaire, la disposition correspondante adoptée en première lecture n'avait guère été critiquée et avait, d'une manière générale, été approuvée par les États dans leurs observations. L'alinéa c), relatif aux obligations de règlement des différends par tierce partie, était implicite dans l'article 48 adopté en première lecture. Il était évident qu'un État ne pouvait suspendre une obligation relative au règlement pacifique des différends à titre de contre-mesure. L'article 50, adopté en première lecture, traitait aussi des droits de l'homme, et indiquait qu'ils ne pouvaient faire l'objet de contre-mesures. Il apparaissait néanmoins clairement à la lecture de la définition des contre-mesures qui figure à l'article 47 que les obligations en matière de droits de l'homme elles-mêmes ne pouvaient être suspendues. Par contre, le Rapporteur spécial proposait un alinéa d), qui traitait d'une question distincte et plus limitée, à savoir les représailles touchant des obligations à caractère humanitaire. L'alinéa e) avait été conservé dans l'article 47 *bis* car l'exécution d'obligations découlant de normes impératives du droit international général ne pouvait être suspendue que dans les cas prévus par ces obligations elles-mêmes.

301. Pour ce qui est de l'article 50, le Rapporteur spécial a rappelé que la référence, à l'alinéa b) tel qu'adopté en première lecture, à des mesures de contrainte économique ou politique extrêmes visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'État responsable avait été très critiquée. C'est pourquoi il proposait une disposition plus simple, l'alinéa a), aux termes duquel les contre-mesures ne devaient pas porter atteinte à l'intégrité territoriale ou constituer une intervention dans le domaine réservé de l'État responsable.

302. Le Rapporteur spécial a aussi noté que, même licites au regard du projet d'articles, les contre-mesures ne pouvaient porter atteinte aux droits de tiers. Si des tiers avaient un droit contre l'État lésé, cet État était responsable vis-à-vis d'eux de toute atteinte à ce droit. Les tiers comprenaient les êtres humains, les bénéficiaires des droits fondamentaux de la personne humaine, et donc le nouvel alinéa b) couvrait aussi les droits de l'homme.

e) Conditions du recours à des contre-mesures (article 48)

303. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'avant de prendre des contre-mesures un État devait d'abord invoquer la responsabilité de l'État auteur en lui demandant d'exécuter ses obligations :

a) Porter atteinte à l'intégrité territoriale ou constituer une intervention dans le domaine réservé de l'État responsable;

b) Porter atteinte aux droits de tierces parties, notamment aux droits fondamentaux de l'homme.

A/CN.4/507/Add.3, par. 367. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 311 à 319, et 347 à 354.

jusque-là, tout le monde était d'accord. Dans le texte qu'il proposait pour l'article 48⁷³, le paragraphe 1 énonçait l'obligation fondamentale de soumettre une demande à l'État responsable. Mais, de plus, le paragraphe 2 prévoyait la possibilité pour l'État lésé de prendre des contre-mesures à titre provisoire si cela était nécessaire pour préserver ses droits. L'expression "mesures conservatoires" n'était pas utilisée, car elle renvoyait à la procédure judiciaire, et le Rapporteur spécial lui avait préféré la notion de "mise en œuvre provisoire" des contre-mesures. Le paragraphe 3 énonçait une autre condition, à savoir que si les négociations ne conduisaient pas au règlement du différend dans un délai raisonnable, l'État lésé pouvait prendre des contre-mesures pleines et entières.

⁷³ Le texte de l'article 48 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 48

Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant de prendre des contre-mesures, un État lésé doit :
 - a) Soumettre à l'État responsable une demande motivée l'appelant à remplir ses obligations;
 - b) Notifier à cet État les contre-mesures qu'il a l'intention de prendre;
 - c) Accepter de négocier de bonne foi avec cet État.
2. L'État lésé peut, à partir de la date de la notification, mettre en œuvre à titre provisoire les contre-mesures qui peuvent être nécessaires pour préserver ses droits en vertu du présent chapitre.
3. Si les négociations ne conduisent pas à la résolution du différend dans un délai raisonnable, l'État lésé, agissant conformément au présent chapitre, peut prendre les contre-mesures en question.
4. Un État ayant recours à des contre-mesures doit remplir les obligations qui lui incombent à l'égard du règlement des différends en vertu de toute procédure de règlement des différends en vigueur entre lui et l'État responsable.

A/CN.4/507/Add.3, par. 367. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 298 à 305 et 355 à 360.

304. Si la Commission décidait qu'il ne fallait pas distinguer entre les contre-mesures "provisoires" et les autres, le Rapporteur spécial proposait une variante destinée à remplacer les paragraphes 1 à 3 de l'article 48⁷⁴.

f) Proportionnalité (article 49)

305. Le Rapporteur spécial a déclaré que la nouvelle formulation de l'article 49 qu'il proposait visait à souligner que la proportionnalité était une condition *sine qua non* de la licéité⁷⁵. Elle cherchait donc à répondre à certaines des préoccupations exprimées par les États quant au rôle décisif que la condition de proportionnalité aurait à jouer. Sa proposition était inspirée de la formule adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

g) Suspension et cessation des contre-mesures (article 50 bis)

306. Le Rapporteur spécial a rappelé que l'article 48 adopté en première lecture prévoyait la possibilité de suspendre les contre-mesures après la cessation du fait internationalement illicite et l'engagement d'une procédure obligatoire de règlement des différends. Le texte passait sous silence la question de la cessation des contre-mesures et plusieurs États avaient conseillé de prévoir une disposition en ce sens. La Cour internationale de Justice avait abordé la question de manière indirecte dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, mais sous l'angle de

⁷⁴ Le texte proposé en lieu et place des paragraphes 1 à 3 de l'article 48 par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

1. Avant que des contre-mesures ne soient prises, l'État responsable doit avoir reçu une demande visant à ce qu'il s'acquitte de ses obligations, conformément à l'article 46 *ter*, et ne doit pas l'avoir fait ou avoir refusé de le faire.

A/CN.4/507/Add.3, note 717.

⁷⁵ Le texte de l'article 49 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 49

Proportionnalité

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et de ses effets préjudiciables sur la partie lésée. A/CN.4/507/Add.3, par. 367. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 306 à 310 et 346.

la réversibilité des mesures. Le Rapporteur spécial proposait donc l'article 50 *bis*⁷⁶, qui prévoyait à la fois la suspension des contre-mesures (par. 1 et 2) et leur cessation (par. 3). En ce qui concernait d'abord la suspension, prévue au paragraphe 1, le Rapporteur spécial avait conservé le point de vue adopté en première lecture, approuvé par les États et inspiré dans une certaine mesure des observations du tribunal arbitral dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*⁷⁷.

17. Résumé des débats relatifs à la deuxième partie *bis* (suite)

Chapitre II. Contre-mesures

a) Observations générales sur les contre-mesures

307. Des membres de la Commission ont approuvé les projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial, dans lesquels certains voyaient une amélioration par rapport au texte adopté en première lecture et qui ont été décrits comme établissant un juste équilibre entre les intérêts des États lésés et ceux des États responsables de faits illicites.

308. Les dispositions proposées ont également été bien accueillies par certains membres qui y voyaient une indication de l'idée que les contre-mesures étaient une réalité de fait, qui résultait du fait que le système international ne disposait pas des moyens d'exécution qu'offraient les systèmes nationaux. De plus, le droit international coutumier admettait la licéité des contre-mesures en tant que dernier recours dans certaines circonstances, et dans les limites de la nécessité et de la proportionnalité. En fait, il a été reconnu que la prolifération des régimes

⁷⁶ Le texte de l'article 50 *bis* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 50 *bis*

Suspension et cessation des contre-mesures

1. Les contre-mesures doivent être suspendues si :
 - a) Le fait internationalement illicite a cessé; et
 - b) Le différend est soumis à un tribunal ou un autre organe qui est habilité à émettre des injonctions ou à rendre des décisions obligatoires pour les Parties.
2. Nonobstant le paragraphe 1, les contre-mesures peuvent être reprises en application du présent chapitre si l'État responsable ne se conforme pas à une demande ou à une injonction émanant du tribunal ou de l'organe, ou, d'une autre manière, ne met pas en œuvre de bonne foi la procédure de règlement des différends.
3. Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent par rapport au fait internationalement illicite en vertu de la deuxième partie.

A/CN.4/507/Add.3, par. 367. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 300, 305, 359 et 361.

⁷⁷ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (1978), p. 454.

juridiques dans le système international avait augmenté la probabilité d'une violation des obligations internationales et, donc, celle du recours aux contre-mesures pour obtenir réparation. L'élaboration d'un régime de contre-mesures équilibré serait donc probablement plus utile que le silence pour limiter les abus. D'autre part, un membre a dit préférer parler des contre-mesures sous la forme négative, afin de faire bien comprendre leur caractère exceptionnel.

309. Plusieurs membres ont continué d'exprimer leur opposition aux contre-mesures et au fait qu'elles soient réglementées dans le projet d'articles. Il a été soutenu que l'inclusion des contre-mesures limitait l'acceptabilité du projet d'articles, aux yeux surtout des États les plus petits qui risquaient de subir les conséquences de contre-mesures imposées abusivement par des États puissants, même s'il fallait reconnaître qu'à l'occasion ces États plus petits y recouraient eux aussi entre eux. Il a également été déclaré que le droit coutumier n'offrait pas de bases suffisantes pour les contre-mesures. De plus, celles-ci avaient souvent des effets non réversibles. Si la Commission choisissait de traiter de la question des contre-mesures, les dispositions correspondantes devaient être concises et de caractère général.

310. De surcroît, le recours aux contre-mesures et les notions de contre-mesures provisoires et de proportionnalité étaient autant de sources potentielles de désaccord entre l'État qui se considérait lésé et l'État censément responsable – la responsabilité restant encore à déterminer. L'État soi-disant lésé ne pouvait résoudre unilatéralement ce désaccord, dont le règlement passait forcément par un mécanisme de règlement pacifique des différends. Plusieurs membres ont donc souhaité voir restauré le lien entre contre-mesures et règlement des différends, selon la proposition contenue dans le projet d'articles adopté en première lecture, car cela donnerait aux contre-mesures un appui plus solide en droit international. Il a été suggéré de prendre en compte des situations où il n'existerait pas de clause de règlement des différends entre les États concernés.

311. D'autres membres encore ont soutenu que le découplage des contre-mesures et du règlement des différends était acceptable, étant donné que le produit final des travaux de la Commission serait peut-être un instrument souple - une déclaration de l'Assemblée générale - et qu'il y avait de plus en plus de régimes spéciaux visant à réglementer les moyens par lesquels on pouvait inciter les États à revenir dans la voie de la légalité.

312. Pour sa part, le Rapporteur spécial estimait qu'il n'était pas possible d'établir un lien automatique entre l'adoption de contre-mesures et le règlement des différends mais que les articles pouvaient s'insérer dans les dispositifs de règlement des différends existants ou en cours d'élaboration, de sorte que l'État auquel était imputée une violation crédible du droit international serait à même d'empêcher l'adoption de contre-mesures contre lui en interrompant momentanément ou définitivement le fait censément illicite et en soumettant le litige à l'un quelconque des mécanismes judiciaires disponibles.

313. De nombreuses propositions de rédaction ont été faites, qui consistaient notamment à réduire le nombre de dispositions et à prévoir une définition juridique des contre-mesures. Il a été proposé aussi d'établir dans le projet d'articles une distinction explicite entre des notions aussi étroitement liées que sont les contre-mesures, les représailles, la rétorsion et les sanctions. D'autres membres ont proposé d'inclure expressément dans le projet les notions de contre-mesures réciproques et de réversibilité. Pour certains, les contre-mesures convenaient

mieux dans le contexte des délits internationaux que dans celui des violations constituant des crimes internationaux; d'autres pensaient le contraire.

314. On a d'une manière générale approuvé la décision prise par le Rapporteur spécial de retirer sa proposition de 1999 tendant à insérer un article 30 *bis* au chapitre V de la première partie pour y traiter, à titre de circonstance excluant l'illicéité, de la non-exécution d'une obligation provoquée par la non-exécution antérieure d'une obligation par un autre État.

b) Les contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité (article 30)

315. L'idée d'inclure au chapitre V de la première partie un article 30 faisant des contre-mesures licites une circonstance excluant l'illicéité a été approuvée d'une manière générale, cette possibilité ayant été reconnue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* et par le Tribunal arbitral dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*. Inversement, il a été dit que l'article 30 était peut-être inutile, à la lumière des articles 47 *bis* et 50 *bis*. Au surplus, on a estimé qu'en réalité, la circonstance excluant l'illicéité n'était pas la contre-mesure elle-même mais le fait internationalement illicite auquel elle ripostait.

c) Objet et contenu des contre-mesures (article 47)

316. Le texte proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 47 a été approuvé mais plusieurs propositions, concernant la forme pour la plupart, ont été présentées. Il a par exemple été conseillé de prévoir le cas de la violation d'une obligation à l'égard d'un État tiers, comme le faisait le paragraphe 3 du texte adopté en première lecture. D'autres membres ont estimé que ce serait inutile, puisque, par définition, les contre-mesures étaient adoptées à l'encontre d'un État défaillant et que leur effet dissuasif se limitait à cet État. Cela pouvait être explicité dans les articles 30 et 47, mais une disposition distincte sur les tierces parties n'était pas utile et pouvait prêter à confusion.

317. La plupart des membres ont approuvé l'idée du Rapporteur spécial de rejeter les contre-mesures réciproques puisqu'il était quasiment impossible, en pratique, que des représailles correspondent par leur substance à l'obligation violée. Mais l'idée d'ajouter au texte une mention explicite relative au principe de réversibilité a été soutenue.

318. Toute formule laissant entendre que les contre-mesures étaient un droit positif ou "subjectif" de l'État lésé a été jugée critiquable. Aussi pouvait-on reformuler le paragraphe 1 sous une forme négative ou sous une forme plus neutre - par exemple : "Un État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures à moins que..." - ou en s'inspirant du texte adopté en première lecture. Quant à la partie finale du paragraphe 1, il a été proposé soit de la supprimer, soit de la rendre plus claire de manière, par exemple, à limiter les contre-mesures au strict nécessaire, en fonction des circonstances. En aucun cas les contre-mesures ne devraient avoir un caractère punitif. Il a également semblé souhaitable de dire qu'il fallait être absolument certain, avant de prendre une contre-mesure, de la commission d'un fait internationalement illicite.

319. Quant au paragraphe 2, un membre a souhaité qu'on le supprime parce qu'il risquait de soulever dans la pratique des problèmes d'interprétation et parce que la question de la suspension

de l'exécution avait été délibérément laissée de côté par la Commission pendant l'examen en première lecture. À cet égard, le renvoi à l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* pour justifier le maintien de la notion de suspension, a été jugé inapproprié. D'autres membres ont estimé que la mention de la suspension de l'exécution était acceptable puisqu'elle couvrait à la fois le retrait d'une interdiction et la suspension d'une obligation positive.

d) Obligations non soumises à des contre-mesures et contre-mesures interdites
(articles 47 *bis* et 50)

320. Une majorité des membres s'est prononcée contre la proposition du Rapporteur spécial visant à subdiviser l'article 50 initial en deux articles distincts et a déclaré préférer soit revenir à un article unique consacré aux contre-mesures interdites, soit incorporer la teneur de l'article dans l'article 48. Selon une autre opinion, on devrait, au cas où la distinction serait maintenue, placer l'article 47 *bis* immédiatement avant l'article 50.

321. Tout en appuyant l'article 47 *bis*, on a déclaré préférer une formulation plus générale à une liste énumérant les contre-mesures interdites. Une autre solution consisterait à simplifier ou à abrégier l'article 47 *bis*, en renvoyant, dans une mention unique, aux normes impératives du droit international général, car la plupart des exceptions, sinon toutes, concernaient des normes impératives. Il a été suggéré aussi d'y inclure une règle générale confirmant que les contre-mesures étaient interdites lorsque l'obligation qui serait ainsi violée toucherait la communauté internationale dans son ensemble. En réponse, le Rapporteur spécial a proposé, quant à lui, d'indiquer que les contre-mesures ne pouvaient affecter que les obligations en vigueur liant l'État responsable et l'État lésé.

322. À propos de l'alinéa a), on a exprimé l'avis qu'il fallait mentionner expressément l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force.

323. S'agissant de l'alinéa c), on s'est demandé comment l'exécution d'une obligation concernant un règlement des différends par tierce partie pouvait dans la pratique être suspendue à titre de contre-mesure. Le défaut de comparution d'une partie à une procédure obligatoire de règlement des différends ne mettrait pas en soi fin à la procédure. De plus, il a été soutenu qu'en règle générale, il faudrait laisser à l'État responsable la possibilité de remédier à la situation créée, notamment dans les cas où un traité énonçant l'obligation en cause prévoyait des mécanismes de mise en œuvre ou de règlement de différends. Si ces mécanismes s'avéraient inefficaces, l'État lésé pouvait alors légitimement recourir à des contre-mesures en vertu du droit international coutumier. Il a été suggéré aussi de prévoir explicitement le cas où un traité interdisait expressément l'adoption de contre-mesures, comme le faisait l'article 33 qui prévoyait expressément le cas où une disposition conventionnelle excluait la possibilité d'invoquer l'état de nécessité.

324. Il a été suggéré de remanier l'alinéa d) sur le modèle de la disposition adoptée en première lecture, ou d'incorporer un paragraphe supplémentaire excluant les droits de l'homme du jeu des représailles. On s'est aussi demandé si l'alinéa e) devait être maintenu, dès lors que la notion même de norme impérative renfermait l'idée que la norme était intangible.

325. À propos de l'article 50, il était possible de modifier le titre proposé, pour bien préciser que l'article traitait de l'effet des contre-mesures. S'agissant de l'alinéa a), le mot "intervention" a suscité des préoccupations, car il était difficile de le définir dans la pratique. Certains membres souhaitaient revenir à la formule employée à l'alinéa b) de l'article 50 adopté en première lecture, c'est-à-dire "mesures de contrainte économique ou politique extrêmes visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État qui a commis le fait internationalement illicite", que l'on retrouvait couramment dans les résolutions de l'Assemblée générale et qui posait un principe important pour les pays en développement. D'autres membres ont approuvé la démarche du Rapporteur spécial, qui n'avait pas fait état de "l'indépendance politique de l'État", cette idée étant contenue implicitement dans l'expression "intégrité territoriale". Selon un autre point de vue, la référence au "domaine réservé" des États ne correspondait pas à l'évolution du droit international, le paragraphe 7 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies imposant une limite à cette règle. Cette opinion a été contestée par d'autres membres.

326. À propos de l'alinéa b), on a souscrit au raisonnement du Rapporteur spécial selon lequel les obligations en matière de droits de l'homme étaient exclues du jeu des contre-mesures. Par ailleurs, la mention des droits de l'homme fondamentaux en relation avec l'expression "tiers parties", expression qui n'était applicable qu'aux États ou à d'autres sujets de droit international, a suscité des préoccupations. Dans ce sens, on a considéré que mieux vaudrait traiter de la question des droits de l'homme dans une disposition distincte. Il a été par ailleurs souligné que la plupart des contre-mesures auraient quelque incidence sur certains droits de l'homme, notamment dans le domaine social et économique. D'autres préoccupations ont été exprimées à propos de la référence aux droits de l'homme "fondamentaux" et des interprétations divergentes auxquelles elle pourrait donner lieu dans la pratique. On a fait valoir aussi qu'il était douteux que l'interdiction d'adopter des contre-mesures équivalentes vaille pour toute violation des droits de l'homme ou qu'une distinction doive être établie entre diverses catégories de droits. Un appui a été exprimé en faveur de l'incorporation d'une disposition supplémentaire interdisant les contre-mesures portant atteinte à l'environnement.

327. Répondant aux observations formulées, le Rapporteur spécial a souligné que l'analyse des obligations en matière de droits de l'homme était complexe dans le cas des contre-mesures. Une contre-mesure qui était en soi licite pouvait constituer une violation de droits de l'homme si elle se prolongeait dans le temps, comme par exemple un embargo commercial. Le droit des contre-mesures devait être coordonné avec le droit international en vigueur relatif aux droits de l'homme. Le Rapporteur spécial a donc proposé de traiter des effets des contre-mesures au regard des droits de l'homme dans un article unique reprenant les articles 47 *bis* et 50, sans indiquer si certains droits de l'homme étaient fondamentaux ou non, car le contenu des droits eux-mêmes déterminerait la licéité des contre-mesures.

e) Conditions du recours à des contre-mesures (article 48)

328. À propos de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 48, on a fait observer qu'en principe les contre-mesures devaient être précédées d'une demande de l'État lésé, demande à laquelle l'État responsable se serait abstenu de répondre. Cette demande devait être exprimée très clairement afin que l'État responsable ne puisse se méprendre et comprenne bien la gravité des

conséquences à prévoir. Au sujet de l'alinéa b), on a exprimé l'avis qu'il était prématuré de notifier l'adoption de contre-mesures avant le début des négociations. Par ailleurs, l'alinéa pouvait être supprimé, car informer l'État responsable de la nature exacte des contre-mesures envisagées risquait d'aller à l'encontre du but recherché. Il a été suggéré aussi de remanier l'article afin d'inclure dans le processus de notification l'offre de négociation. À propos de l'alinéa c), il a été suggéré de remplacer le mot "accepter" par le mot "proposer" ou "offrir". On a par ailleurs considéré que l'article proposé, s'il insistait à juste titre sur la bonne foi de l'État responsable, ne disait rien de la bonne foi de l'État lésé. Si l'État responsable acceptait l'offre de négociation, ou s'il consentait à soumettre le différend à une procédure judiciaire ou arbitrale, l'État lésé ne pouvait pas être autorisé à recourir unilatéralement à des contre-mesures.

329. À propos du paragraphe 2, il a été proposé de supprimer la distinction entre les contre-mesures "conservatoires" et les autres contre-mesures, car en l'absence de cadre juridique les régissant, les "contre-mesures conservatoires" englobaient dans les faits et dans la pratique tous les éléments constitutifs des contre-mesures proprement dites. Il conviendrait plutôt de mettre l'accent sur le caractère exceptionnel des contre-mesures, de quelque type que ce soit.

330. Au sujet du paragraphe 3, on s'est interrogé sur le bien-fondé de l'emploi du mot "différend". De même, on a jugé l'expression "délais raisonnables" trop vague. D'autres membres ont considéré que cette expression offrait à l'État lésé une garantie satisfaisante contre des négociations interminables et stériles.

331. Le texte abrégé présenté par le Rapporteur spécial en remplacement des paragraphes 1 à 3 a recueilli un appui⁷⁸.

332. S'agissant du paragraphe 4, l'avis a été exprimé que la notion de bonne foi exigeait que l'État qui s'était engagé à soumettre un différend à l'arbitre ou au juge ne contrevienne pas à cette obligation par des actes illicites. De plus, lorsque les États en cause relevaient d'un cadre institutionnel imposant des procédures de règlement pacifique des différends, il fallait tout d'abord épuiser ces procédures avant de prendre des contre-mesures. En outre, il a été proposé de renforcer le paragraphe 4 de manière à refléter, par souci d'équilibre, la nécessité de soumettre les différends aux procédures de règlement disponibles avant d'adopter des contre-mesures, et ce en prévoyant dans le projet un régime de règlement des différends par tierce partie tout en trouvant un moyen pratique de séparer la question des contre-mesures et celle du règlement des différends.

⁷⁸ Voir plus haut, note 74.

f) Proportionnalité (article 49)

333. La nouvelle formulation de l'article 49 proposée par le Rapporteur spécial, décrite comme plus simple et plus claire que celle adoptée en première lecture, a été en général appuyée, même si certains membres ont estimé que le libellé proposé méritait plus ample examen. Une telle disposition ne pouvait garantir la licéité, l'État lésé lui-même étant, de fait, autorisé à mesurer la proportionnalité des contre-mesures. Une formulation plus précise du principe de proportionnalité était nécessaire.

334. Il a en outre été dit, à propos de l'idée d'équilibre avec le préjudice subi ou la gravité du fait illicite, que les contre-mesures étaient tolérées en vue d'inciter l'État auteur à se conformer à ses obligations, non à titre de punition ou de sanction. Ainsi, la proportionnalité ne visait que le degré des mesures nécessaires pour assurer le respect des obligations. La référence à la gravité du fait internationalement illicite et à ses effets sur la partie lésée n'ajoutait aucun élément juridiquement pertinent.

g) Suspension et cessation des contre-mesures (article 50 bis)

335. L'insertion, proposée par le Rapporteur spécial, de l'article 50 *bis* dans le projet, a été généralement appuyée.

336. À propos du paragraphe 1, une préférence a été exprimée pour l'emploi de l'expression "Il doit être mis fin aux contre-mesures" plutôt que de la formule "Les contre-mesures doivent être suspendues". La question a été posée de savoir si l'alinéa b) visait également les décisions du Conseil de sécurité et les ordonnances de la Cour internationale de Justice. Le Rapporteur spécial a indiqué que les décisions du Conseil de sécurité n'étaient pas concernées par l'article. Il a également été souligné que rien ne justifiait l'idée que la soumission d'un différend à un tribunal devait automatiquement suspendre les contre-mesures, alors que la soumission du même différend à un tribunal à un stade plus précoce, comme cela était envisagé à l'article 48, n'empêchait pas automatiquement qu'elles soient prises en premier lieu. En outre, la disposition prévoyait la suspension automatique des contre-mesures, même lorsqu'un tribunal habilité à ordonner la suspension ne le faisait pas.

337. S'agissant du paragraphe 2, il a été noté que la référence pure et simple à "une injonction" d'un tribunal international pouvait être interprétée comme visant même des décisions de procédure, ce qui ne devait pas être le cas. Il a donc été proposé que la disposition soit précisée par une formule comme "sur le fond" ou "sur le bien-fondé de l'affaire". Selon un autre avis, le paragraphe 2 devait être supprimé.

18. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre II

338. Le Rapporteur spécial a rappelé que la plupart des États avaient accepté, soit à contrecœur, soit par conviction, l'élaboration de dispositions relatives aux contre-mesures. En dépit du peu d'empressement à envisager des contre-mesures, il a souscrit à l'idée qu'une réglementation vaut mieux que l'absence de droit, car les contre-mesures sont un fait. De plus, la Commission devait faire clairement le départ entre la question générale de la position du projet sur le règlement des différends et le lien spécifique entre règlement des différends et contre-mesures. La question

générale dépendait de la décision qui serait prise quant à la forme que prendrait en définitive le projet et, en attendant, l'article 48 établissait un lien aussi étroit que possible entre les contre-mesures et le règlement des différends sans introduire dans le texte de nouvelles formes de règlement des différends.

339. En ce qui concerne l'article 30, le Rapporteur spécial a indiqué que les membres s'étaient en général prononcés pour son maintien sous une forme simplifiée.

340. Le Rapporteur spécial a reconnu que sa tentative de distinction entre l'article 47 *bis* et l'article 50 avait échoué et qu'il faudrait en conséquence fusionner la teneur de ces articles.

341. À propos de l'article 47, le Rapporteur spécial a reconnu l'opportunité de préciser que les contre-mesures ne pouvaient être prises que si certaines conditions étaient respectées, en laissant l'article 30 régler tout effet illicite.

342. S'agissant des articles 47 et 47 *bis*, deux questions avaient été posées : celle de la réversibilité, et celle du caractère bilatéral des obligations suspendues. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission pourrait même énoncer que les contre-mesures doivent être réversibles et doivent se rapporter à des obligations n'existant qu'entre l'État lésé et l'État visé.

343. En ce qui concerne l'article 48, le Rapporteur spécial a noté que le texte qu'il avait proposé constituait un compromis raisonnable entre les deux positions opposées qui privilégiaient, soit une disposition simple, soit le non-recours aux contre-mesures jusqu'à l'épuisement des négociations. Il a approuvé la proposition de supprimer l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 48.

344. S'agissant de l'article 49, le débat au sein de la Commission avait également fait ressortir un accord général sur le fait d'intégrer dans le projet d'articles l'idée que les contre-mesures devaient à la fois correspondre et être proportionnelles au préjudice causé par le fait illicite, même si la question des modalités précises de cette intégration devait être approfondie.

345. La Commission ayant, de façon générale, approuvé l'article 50 *bis*, le Rapporteur spécial a estimé que la disposition devait être conservée, quelle que soit la décision prise à propos de l'article 48.

19. Présentation par le Rapporteur spécial de la question de l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale

a) Considérations générales

346. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'additif 4 à son rapport traitait de questions dont la Commission avait déjà débattu pendant la période quinquennale en cours, à propos de l'examen qu'il avait fait dans son premier rapport de l'article 19 adopté en première lecture et, pendant la session en cours, dans le cadre de la discussion de l'article 40 *bis*.

347. Le texte adopté en première lecture était allé au-delà de la codification en incluant dans l'article 19 la notion controversée de "crimes" d'État, mais sans développer cette idée de façon importante. Il avait aussi, par le truchement des articles 40 et 47 combinés, établi implicitement à l'intention des États non directement lésés un régime de contre-mesures qui était beaucoup trop

large, en ce qu'il donnait par exemple à des États tiers le droit de prendre des contre-mesures dans le cas de n'importe quelle violation des droits de l'homme.

348. Le Rapporteur spécial a évoqué le débat qu'avait tenu la Commission en 1998 au sujet de l'article 19 et sa décision provisoire concernant la manière dont elle traiterait la question, rapportée dans les termes suivants : "... il a été pris note du fait qu'aucun consensus ne s'était réalisé sur la question du mode de traitement des 'crimes' et des 'délits' dans le projet d'articles et qu'il fallait étudier plus avant les manières possibles de régler les questions de fond qui se posaient. Il a donc été convenu que : a) sans préjudice des vues de quiconque parmi les membres de la Commission, le projet d'article 19 serait laissé de côté pour le moment pendant que la Commission poursuivrait l'examen d'autres aspects de la première partie du projet; b) il faudrait examiner si les questions soulevées par le projet d'article 19 ne pourraient pas être résolues par un développement systématique, dans le projet d'articles, de notions telles que les obligations *erga omnes*, les normes impératives (*jus cogens*) et une éventuelle catégorie regroupant les violations les plus graves d'obligations internationales..."⁷⁹. On avait progressé dans la voie suggérée en 1998, en particulier grâce à une "désintégration" de la notion de crime international à propos de divers aspects du projet d'articles, par exemple en revoyant l'article 40 et en introduisant dans le projet d'articles, de façon beaucoup plus systématique, les notions d'obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble et de norme impérative. L'additif 4 au rapport était centré sur les questions restant à résoudre et devait être considéré à la lumière de l'ensemble des travaux qui l'avaient précédé.

349. Il fallait admettre que le droit de la responsabilité des États n'était pas le principal instrument de règlement des problèmes visés à l'article 19. Face à une catastrophe majeure résultant d'un comportement illicite tel qu'un génocide ou l'invasion d'un État, on ne pouvait prétendre résoudre les problèmes à l'aide des seules règles de la responsabilité des États, sans aucune réponse organisationnelle ni action coordonnée de la part de la communauté internationale. La mention de "crimes" à l'article 19 faisait référence, historiquement, au comportement de gouvernements qui n'étaient pas tenus de rendre des comptes à leur peuple et agissaient à leurs propres fins, la population étant souvent la victime directe ou indirecte de leur action. L'idée de pénaliser, dans une situation semblable, la population tout entière était difficilement acceptable. Il fallait se garder de penser que le fait de qualifier un comportement de criminel pouvait suffire à résoudre de tels problèmes.

350. Il était révélateur, à cet égard, que la communauté internationale ait commencé à adopter des méthodes plus rigoureuses pour le traitement des individus responsables de ces crimes, par le moyen notamment du Statut de la Cour pénale internationale adopté à Rome en 1988. La façon d'aller de l'avant pourrait consister à tenir ces individus responsables de leurs actes, au lieu d'en faire porter la responsabilité à la population victime, au nom de quelque concept de crime d'État. Non que la responsabilité de l'État ne fût pas engagée : selon les règles classiques d'attribution

⁷⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément No 10 (A/53/10), par. 331.

de la responsabilité, l'État était responsable de tels actes. En fait, l'article 19 s'appuyait sur le même principe d'attribution que celui qui était applicable dans le cas de tout autre fait internationalement illicite. Or, si l'article 19 visait des "crimes" à proprement parler, il aurait eu ses règles d'attribution propres, comme dans n'importe quel code pénal.

351. Quant à la question du droit pour tout État d'invoquer la responsabilité en cas de violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, la Commission avait admis, dans son principe, la possibilité d'un tel droit à l'issue de son débat sur les propositions antérieures du Rapporteur spécial concernant l'article 40 *bis*. Ce droit devrait être énoncé clairement dans le projet d'articles mais la question qui se posait était celle de son étendue. Selon le Rapporteur spécial, il s'appliquait incontestablement à la cessation du fait illicite, c'est-à-dire que tous les États devaient être considérés comme ayant un intérêt juridique à faire cesser la violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, le corollaire étant que tous les États pouvaient prétendre à l'élément de satisfaction consistant en une déclaration réparatoire, même s'ils n'avaient pas droit individuellement à d'autres formes de satisfaction. En outre, selon le Rapporteur spécial, ces États seraient au moins habilités à demander la restitution au nom des victimes des crimes.

352. Un tel droit devait être assujéti à des limitations, pour tenir compte d'autres considérations. Par exemple, la situation pourrait devenir chaotique si plusieurs États se mettaient à exiger des choses différentes au nom de la responsabilité des États. Selon le Rapporteur spécial, trois scénarios étaient envisageables. Premièrement, s'agissant de la violation d'une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, la principale victime pouvait être un État, par exemple l'État objet d'une agression. Dans pareille situation, c'était l'État victime qui devait commander les réactions au titre de la responsabilité des États : autrement dit les États tiers ne devaient réagir qu'à titre secondaire, qu'il s'agît de contre-mesures ou de l'invocation de la responsabilité. Ces États tiers pouvaient exiger la cessation mais, une fois que le comportement avait cessé, c'était à l'État victime qu'il appartenait au premier chef de s'occuper de la question du règlement du différend. Deuxièmement, dans le cas où il n'y avait pas d'État lésé par la violation, par exemple lorsque la victime était la population de l'État responsable, ou un groupe particulier au sein de cette population, comme cela s'était passé au Cambodge, il n'y avait pas d'État au nom duquel la communauté internationale pût réagir. L'idée qu'il y avait là simplement une déficience du système étatique, qui sortait donc du champ de la responsabilité des États, était trop restrictive. La communauté internationale devait pouvoir intervenir en pareil cas, quelle que fût la position de l'État responsable, et demander la cessation du fait illicite, un élément minimum de satisfaction et la restitution. La troisième situation était celle dans laquelle il n'y avait aucune victime identifiable. On pouvait citer, par exemple, les violations d'obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble concernant l'environnement, dont les effets à long terme se faisaient sentir sur l'humanité tout entière mais qui ne lésaient personne en particulier, comme dans le cas du réchauffement de la planète. Dans une telle situation, les États membres de la communauté internationale devaient pouvoir demander au moins la cessation.

353. D'autre part, si l'on voulait instaurer dans le système international un régime des crimes, il faudrait y introduire au minimum la notion de sanction. Ce régime pourrait aussi inclure d'autres aspects des systèmes pénaux qui n'étaient pas envisageables dans le cadre du système

international existant. À propos de la question des sanctions, le Rapporteur spécial a cité l'exemple récent d'un État qui s'était vu imposer une "amende" par une juridiction internationale, la Cour de justice des Communautés européennes. Il s'agissait toutefois de la première expérience de l'Union européenne en la matière, et il fallait voir comment les choses évolueraient. Ce cas démontrait toutefois la nécessité de mettre sur pied un système de sanctions approprié, avec garantie des droits de la défense, juridiction obligatoire et règles de procédure appropriées, toutes choses qui faisaient défaut dans le contexte qui était celui de l'examen par la Commission du projet d'articles sur la responsabilité des États.

354. Le Rapporteur spécial a souligné l'intérêt d'expressions susceptibles de remplacer le terme "crimes", comme "faits internationalement illicites de nature grave" ou "faits illicites d'une exceptionnelle gravité", faits dont certains constituaient en eux-mêmes des infractions distinctes (par exemple, l'agression ou le génocide), et d'autres des formes aggravées de violations d'obligations générales (par exemple la torture systématique). Les faits visés par ces expressions étaient ainsi définis par le contexte et par la gravité de la violation aussi bien que par le contenu de l'obligation primaire. Pour plus de clarté, le Rapporteur spécial proposait d'inclure un nouvel article dans le chapitre premier de la deuxième partie⁸⁰.

b) Contre-mesures collectives (articles 50A et 50B)

355. Le Rapporteur spécial a distingué, à propos de la question des contre-mesures collectives, entre deux situations : 1) celle où un État était victime de la violation et 2) celle où aucun État n'était victime de la violation. À son avis, lorsqu'un État avait lui-même le droit de prendre des contre-mesures à la suite de la violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble ou d'une quelconque obligation multilatérale, les autres États parties à l'obligation devaient pouvoir lui prêter assistance, à sa demande et dans la limite des contre-mesures qu'il aurait lui-même pu prendre. Il s'agissait là d'une forme de contre-mesures "collectives", en ce sens qu'elles pouvaient être adoptées par l'un quelconque des États concernés dans un intérêt collectif et présentaient une analogie directe avec la légitime défense collective. Les autres États étaient eux-mêmes intéressés parce qu'ils étaient (en tant que membres d'un groupe ou de la communauté internationale) bénéficiaires de l'obligation violée.

⁸⁰ Le texte de l'article dont le Rapporteur spécial a proposé l'adjonction au chapitre premier de la deuxième partie est le suivant :

Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États, à tous les autres États parties ou à la communauté internationale dans son ensemble, selon la nature et le contenu de l'obligation internationale et les circonstances de sa violation, qu'un État soit ou non le bénéficiaire final de l'obligation.

A/CN.4/507/Add.4, note 801.

356. Une question plus difficile était celle de l'adoption de contre-mesures collectives dans une situation où il n'y avait pas d'État victime. La pratique des États, à cet égard, était embryonnaire, partielle, non clairement universelle et controversée. L'*opinio juris* associée à cette pratique manquait elle aussi de clarté. La Commission avait donc des raisons de décider de la laisser pour plus tard, en adoptant une clause de sauvegarde. Cette façon de procéder demeurerait une option pour le cas où il ne serait pas possible d'arriver à un accord mais la Commission devrait, de l'avis du Rapporteur spécial, formuler une proposition concrète afin que la Sixième Commission puisse faire connaître ses observations, lesquelles serviraient de base à une décision finale. Le Rapporteur spécial proposait donc que les États parties à une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble aient le droit de prendre des contre-mesures collectives en réponse à une violation grave et bien établie de cette obligation : selon lui, c'était le moins qu'on pût faire face à des violations flagrantes, telles qu'un génocide.

357. Le Rapporteur spécial proposait deux articles sur les contre-mesures, à faire figurer au chapitre III de la deuxième partie *bis* avant l'article 50 *bis*, dont le premier avait pour objet les contre-mesures au nom d'un État lésé (article 50A)⁸¹ et le second les contre-mesures en cas de violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble (article 50B)⁸².

⁸¹ Le texte de l'article 50A proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 50A

Contre-mesures au nom d'un État lésé

Tout autre État habilité à invoquer la responsabilité d'un État en vertu de [l'article 40 *bis*, paragraphe 2,] peut prendre des contre-mesures à la demande et au nom d'un État lésé, sous réserve des conditions posées par cet État et dans la mesure où cet État est lui-même habilité à prendre ces contre-mesures.

A/CN.4/507/Add.4, par. 413.

⁸² Le texte de l'article 50B proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 50B

Contre-mesures en cas de violations graves d'obligations
dues à la communauté internationale dans son ensemble

- 1) Dans les cas mentionnés à l'article 51 où aucun État particulier n'est lésé par la violation, tout État peut prendre des contre-mesures, sous réserve du présent chapitre et conformément à celui-ci, afin de garantir la cessation de la violation et la réparation dans l'intérêt des victimes.
- 2) Lorsque plus d'un État prennent des contre-mesures en vertu du paragraphe 1, ces États doivent coopérer pour s'assurer que les conditions posées dans le présent chapitre pour recourir à des contre-mesures sont remplies.

A/CN.4/507/Add.4, par. 413.

c) Conséquences des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (article 51)

358. Le Rapporteur spécial a indiqué que les conséquences juridiques supplémentaires qui, selon l'article 52 existant, découlaient d'un "crime" au sens de l'article 19 soit avaient été éliminées lors de l'examen en deuxième lecture, soit étaient mineures. Cependant, on pouvait soutenir qu'en cas de violation flagrante d'obligations qui étaient des obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, et dans une situation où il n'y avait pas d'État lésé, d'autres États, membres de la communauté internationale devaient pouvoir demander au moins des dommages-intérêts aggravés au nom des victimes réelles ou de la communauté internationale dans son ensemble et non pour leur propre compte. Le Rapporteur spécial proposait d'ajouter dans la deuxième partie un nouveau chapitre III intitulé "Violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble", contenant un article unique, l'article 51⁸³, qui était l'article 53 adopté en première lecture. Mais comme il serait bizarre qu'une violation grave n'ait de conséquences juridiques que pour les États tiers, le Rapporteur spécial proposait que l'État responsable d'une telle violation soit tenu au paiement de dommages-intérêts punitifs ou aggravés demandés au nom des victimes. L'article 51 devrait comporter une définition de la violation grave. L'article 19, qui ne jouait absolument aucun rôle

⁸³ Le texte de l'article 51 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 51

Conséquences des violations graves d'obligations
dues à la communauté internationale dans son ensemble

- 1) Ce chapitre s'applique à la responsabilité internationale qu'entraîne la violation grave et manifeste par un État d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble.
- 2) Une telle violation fait naître, pour l'État qui en est responsable, toutes les conséquences juridiques découlant de tout autre fait internationalement illicite et, de surcroît, [des dommages-intérêts punitifs] [des dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation].
- 3) Elle fait également naître, pour tous les autres États, les obligations :
 - a) de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation;
 - b) de ne pas prêter aide ou assistance à l'État qui a commis la violation pour maintenir la situation ainsi créée;
 - c) de coopérer pour appliquer les mesures visant à mettre fin à la violation et, autant que possible, à en éliminer les conséquences.
- 4) Les paragraphes 2 et 3 sont sans préjudice des conséquences pénales ou autres supplémentaires que la violation peut faire naître en droit international.

Voir A/CN.4/507/Add.4, par. 412.

dans le reste du projet d'articles, pourrait être supprimé. Bien que le point de vue selon lequel il n'existait pas en droit international de dommages-intérêts punitifs ne manquât pas de fondement, le Rapporteur spécial estimait qu'on pouvait néanmoins les mentionner, en tout cas comme l'une des options possibles. Il proposait également de réserver, au paragraphe 4, les conséquences pénales ou autres que le droit international, y compris le droit international en développement, pourrait attacher ultérieurement à la violation. Enfin, il proposait d'ajouter à l'article 40 *bis* un paragraphe précisant ce que les États de chacune des deux catégories d'États de base, à savoir les États lésés et les autres États, pouvaient demander dans ce contexte⁸⁴.

20. Résumé du débat sur l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale

a) Considérations générales

359. L'approche générale adoptée par le Rapporteur spécial a été accueillie favorablement, bien que de nombreuses observations aient été formulées et beaucoup d'améliorations rédactionnelles suggérées.

360. À propos du compromis réalisé en 1998, l'avis a été exprimé qu'un exposé systématique des obligations *erga omnes* et des normes impératives constituerait un substitut satisfaisant à l'article 19. À l'inverse, il a été déclaré que, malgré le vaillant effort fait par le Rapporteur spécial pour arriver à un compromis au sein de la Commission sur la question des crimes internationaux, sa proposition n'était pas entièrement satisfaisante pour les tenants de la notion de "crime" international. On pouvait supprimer l'article 19, tout en maintenant la référence aux crimes internationaux dans le texte du paragraphe 1 de l'article 51, car cette notion faisait désormais

⁸⁴ Le texte du paragraphe que le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter à l'article 40 *bis* se lit comme suit :

Article 40 *bis*

"Un État mentionné au paragraphe 2 peut demander :

- a) la cessation du fait internationalement illicite, conformément à l'article 36 *bis*;
- b) au nom de l'État lésé et avec son consentement, la réparation due à cet État conformément à l'article 37 *bis* et au chapitre II;
- c) lorsqu'il n'y a pas d'État lésé :
 - i) la restitution dans l'intérêt de la personne ou de l'entité lésée, conformément à l'article 43, et
 - ii) [des dommages-intérêts punitifs] [des dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation], conformément à l'article 51, paragraphe 2, à la condition que ces dommages-intérêts soient utilisés au bénéfice des victimes de la violation".

A/CN.4/507/Add.4, note 810.

partie intégrante du langage du droit international. La Commission ne devait pas donner l'impression, en suivant la démarche du Rapporteur spécial, d'abandonner la notion de crime; ce qu'elle voulait dire, c'est que cette notion n'avait pas sa place, ou principalement sa place, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États. Aussi a-t-il été suggéré, si l'on supprimait l'article 19 et qu'il ne soit plus question de "crimes" dans le projet d'articles, d'inscrire au programme de travail à long terme de la Commission une étude sur la notion de crime international.

361. D'autres membres ont demandé avec force que l'on fasse attention à ne pas mettre en péril tout l'exercice accompli. On a contesté l'idée que l'expression "crime d'État" était admise en droit international, et celle que la suppression de l'article 19 reviendrait nécessairement à renoncer au concept de crime international. S'il était préférable de supprimer l'article, c'était pour éviter un débat prolongé sur cette notion et pouvoir se concentrer plutôt sur les conséquences des violations graves d'obligations internationales, violations devant être déterminées, comme toutes les autres, conformément aux dispositions de la première partie du projet d'articles.

362. D'autres membres encore ont considéré que le mot "crime" faisait partie de la terminologie du droit international, même s'il était l'objet d'interprétations très différentes. Selon une de ces interprétations, le mot "crime" n'avait pas en droit international de connotation pénale. Il marquait la gravité du comportement de l'État responsable. La reconnaissance de l'existence d'un crime dérivait de la prémisse qu'un État pouvait commettre des crimes, tels qu'un génocide, qui ne sauraient être assimilés à des violations banales - même si elles étaient regrettables -, d'obligations internationales.

363. L'avis a été exprimé d'autre part que le texte faisait une confusion entre des catégories qui étaient distinctes, à savoir les obligations *erga omnes*, qui découlaient de normes impératives, et les obligations collectives. Il a été proposé d'étudier plus avant la question des violations de normes impératives et d'insérer dans le texte une clause de sauvegarde indiquant que le projet d'articles ne préjugait pas des conséquences supplémentaires que pourrait faire naître la violation d'une norme impérative du droit international.

b) Contre-mesures collectives (articles 50A et 50B)

364. Bien que différentes vues aient été émises au sein de la Commission au sujet de la notion de contre-mesures collectives figurant dans le texte des articles 50A et 50B proposés, les deux articles ont bénéficié de réactions favorables.

365. L'avis a été émis que la Commission, plutôt que de codifier le droit de la responsabilité des États, était en train d'édifier un système d'ordre public multilatéral, alors que l'évolution de l'ordre juridique international était liée aux progrès de la communauté internationale et non pas simplement à l'élaboration de normes. S'efforcer prématurément de créer des règles sur les contre-mesures collectives risquait de nuire à la fois au projet d'articles et au développement progressif des notions nouvelles envisagées.

366. On s'est aussi interrogé sur le point de savoir dans quelle mesure la question relevait de la responsabilité des États, par opposition au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Selon certains, l'idée de contre-mesures collectives ne pouvait être défendue que dans le contexte

de l'action d'organisations internationales compétentes, qu'il s'agît d'organisations régionales ou universelles; il était très difficile d'admettre que le droit de réagir pût être délégué sur une base ad hoc à un groupe de pays agissant en dehors de tout cadre institutionnel. D'autre part, on a estimé que le projet d'articles n'établissait pas la distinction voulue entre les contre-mesures individuelles, qu'elles fussent prises par un État ou par un groupe d'États, et d'autres institutions existantes telles que la légitime défense collective et divers arrangements de sécurité collectifs. La violation d'obligations *erga omnes* pouvait en effet être d'une ampleur propre à susciter l'adoption de mesures au titre de l'Article 51 ou du Chapitre VII ou VIII de la Charte.

367. L'avis a également été émis que l'analyse de la pratique des États ne démontrait ni n'attestait l'existence d'un ensemble de mesures juridiques acceptées par tous les États sur lequel asseoir les "contre-mesures collectives" en tant que nouvelle institution juridique. Par ailleurs, il a été contesté que de telles mesures fussent prises exclusivement par des États occidentaux. Divers exemples de contre-mesures collectives prises par des États non occidentaux démontraient le contraire. Pour d'autres membres, l'examen de la pratique des États ne révélait pas l'existence de contre-mesures collectives, mais celle de mesures inspirées de mobiles politiques. Ce point de vue ne reflétait pas une position universelle parmi les États ni les décisions prises par exemple au sein de la Commission des droits de l'homme. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'en donnant des exemples de telles mesures collectives, il n'avait pas pris - et ne s'attendait pas à ce que la Commission prenne - position sur leur licéité. Il n'avait cité les mesures que pour illustrer le contexte dans lequel la question s'était posée.

368. D'autres membres ont fait observer que, loin de refléter une évolution nouvelle spectaculaire, le régime proposé aurait un champ d'application très limité car il existait déjà dans plusieurs domaines du droit international des règles régissant les cas de violation, qui excluaient ou limitaient strictement de telles actions en réponse. En outre, les contre-mesures collectives seraient soumises aux limitations de base auxquelles les contre-mesures étaient assujetties par le chapitre II de la deuxième partie *bis* et ne s'appliqueraient qu'aux violations graves, manifestes et bien établies. Un régime praticable de contre-mesures collectives pacifiques pourrait constituer un substitut viable à l'usage de la force pour inciter un État à revenir à la licéité.

369. Le souhait a été exprimé que le droit de prendre des contre-mesures collectives soit de préférence circonscrit au groupe des États de la même région. Il a aussi été proposé que, chaque fois qu'une prise de décision collective était requise, l'adoption de contre-mesures collectives soit subordonnée à une telle procédure. En outre, le principe *non bis in idem* pouvait s'appliquer par analogie, afin d'éviter que la violation ne puisse donner lieu à des sanctions multiples. Au surplus, la dénomination "contre-mesures collectives" a été jugée peu appropriée, car elle évoquait une antinomie par rapport aux contre-mesures bilatérales. Or, l'action envisagée était une réaction à la violation d'obligations collectives, et cette réaction pouvait être le fait aussi bien d'un seul État que d'un groupe d'États. Il a été préconisé d'adopter une autre formule, telle que "sanctions multilatérales".

370. Quant à la portée de telles mesures, l'avis a été exprimé que dans la plupart sinon dans la totalité des cas, il n'y était recouru que pour faire cesser le fait illicite allégué, et non pour obtenir réparation. Il a donc été proposé de limiter l'objet des contre-mesures collectives, dans le projet d'articles, à la recherche de la cessation du fait illicite et d'assurances et garanties de

non-répétition. Le Rapporteur spécial a répondu qu'il lui paraissait difficile de limiter les contre-mesures collectives à la cessation car il pouvait y avoir des situations, une fois qu'avait cessé le fait illicite, requérant la restitution : ainsi, après la cessation d'un crime contre l'humanité, ses conséquences, par exemple le déplacement massif de la population visée, persistaient.

371. Certains membres ont fait observer que l'article 50A suscitait les mêmes réserves que les cas d'invitation faite par un État à d'autres dans l'exercice de la légitime défense, ou d'intervention suite à une invitation dans les situations de crise humanitaire. La prudence a été conseillée : quand un État n'était pas directement lésé, il fallait limiter sa possibilité d'intervenir. Or, l'article 50A ne le faisait pas et pourrait donner lieu à des abus. En outre, il fallait faire mention de la gravité de la violation : en effet, le texte proposé semblait autoriser de telles contre-mesures collectives quelle que fût la gravité de la violation, sous réserve seulement que soit respecté le critère de la proportionnalité. L'avis a été émis qu'en fait la distinction entre l'article 50A et l'article 50B était marginale et même artificielle. Les deux propositions avaient un point de départ commun, à savoir qu'il y ait violation d'une règle d'importance essentielle qui concernait la communauté internationale dans son ensemble et justifiait que tous les membres de cette communauté réagissent. Dans le contexte de l'article 50A, les États autres que l'État lésé n'intervenaient pas au nom de celui-ci mais en tant que membres de la communauté internationale dont les intérêts étaient menacés. Leur action pouvait avoir pour but d'obtenir la cessation de la violation, des garanties et assurances de non-répétition et réparation. S'il s'agissait d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, tous les États pouvaient prendre des contre-mesures collectives en vertu de l'article 50 A. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'article 50A visait au contraire une situation tout à fait différente de celle qu'envisageait l'article 50B. L'article 50A avait trait à la situation où l'obligation violée était une obligation envers un groupe d'États, et où un État particulier était spécifiquement lésé par la violation. Les autres États parties à l'obligation pouvaient prendre des contre-mesures collectives au nom de l'État lésé, dans la mesure où celui-ci y consentait, et dans les limites de la sphère d'action qui lui était ouverte. Plusieurs États partageant le même intérêt collectif réagissaient à une violation unique au nom de la victime particulière. Cela n'avait rien à voir avec les violations graves d'obligations envers la communauté internationale que visait l'article 51. Tel qu'il était formulé, l'article 50B ne concernait que le cas où il n'y avait pas d'État lésé au sens du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*. Dans ces conditions, l'article 50A avait un champ d'application beaucoup plus large.

372. S'agissant de l'article 50B, l'avis a été émis que la philosophie sous-tendant l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Sud-Ouest africain* en 1966, selon laquelle les États ne pouvaient agir que lorsque leur intérêt national était en jeu, avaient porté un coup au droit international et qu'il fallait se féliciter du désaveu apporté à cette approche par les divers articles à l'examen. On s'est demandé si l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble était une notion fixée une fois pour toutes et si cette notion impliquait nécessairement l'existence d'une procédure de règlement des différends permettant d'établir l'existence de cet intérêt. La question a aussi été posée de savoir s'il était justifié de parler des intérêts des victimes. Dans des cas comme le génocide, c'était la communauté internationale tout entière qui était intéressée. D'autres membres ont exprimé leur désaccord : l'intérêt concret des victimes d'une

telle violation devait primer sur toute autre considération, et il fallait donc prévoir une disposition permettant d'intervenir et d'obtenir réparation au nom des victimes.

373. À propos du libellé de l'article 50B, l'avis a été émis que son titre était formulé en termes trop généraux car il pouvait également couvrir les cas visés par l'article 50A. Le paragraphe 1 devrait faire aussi mention des assurances et garanties de non-répétition. Le terme "victimes", qui avait des connotations pénales, pourrait être remplacé par une autre expression.

c) Conséquences des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (article 51)

374. Un certain nombre de membres ont approuvé la proposition du Rapporteur spécial, qui constituait dans l'ensemble une amélioration par rapport à l'ancien article 19, et représentait un compromis équilibré. D'autres s'y sont vivement opposés : il n'y avait guère de différence entre créer des distinctions dans la deuxième partie sur la base de distinctions qualitatives dans les règles primaires et créer de nouvelles règles. Cela revenait à réintroduire l'article 19 par la porte de service et cela ne relevait même pas du développement progressif, encore moins de la codification. En outre, l'article 51 présupposait l'établissement d'un système de sanctions collectives de caractère essentiellement punitif, assimilables aux mesures coercitives prévues dans la Charte des Nations Unies. Il n'était absolument pas indispensable de créer un tel système parallèle.

375. D'autres membres ont estimé que les propositions n'allaient pas assez loin. Si la commission d'un crime ne pouvait en soi constituer une base de compétence autonome pour les tribunaux internationaux, elle ouvrait la voie à une *actio popularis*. En outre, il était possible de prévoir une forme de règlement des différends par analogie avec l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969. De plus l'existence d'un crime avait des incidences sur le choix du mode de réparation : en particulier, l'État directement lésé ne pouvait pas renoncer à la réparation intégrale, puisque c'étaient les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble qui étaient protégés.

376. En ce qui concerne le paragraphe 1, on a fait observer que le titre du chapitre III "Violations graves d'obligations" ne correspondait pas à la formule utilisée au paragraphe 1, à savoir violation "grave et manifeste". Le mot "manifeste" a été jugé problématique car il laissait entendre que les actions flagrantes d'un État étaient qualitativement pires que des actions indirectes ou occultes. Il a été suggéré de parler de violations "bien établies" ou "établies de manière fiable".

377. On a également émis l'avis que le paragraphe 1 devrait faire l'objet d'un article distinct et qu'on devrait en développer le contenu en reprenant le paragraphe 2 de l'article 19 adopté en première lecture. En outre, cet article pourrait contenir une énumération non exhaustive de la plupart des violations graves, comme dans le paragraphe 3 de l'article 19. Le Rapporteur spécial a accepté l'idée de scinder l'article 51 en deux en y incorporant de nouveaux éléments. Toutefois, il était opposé, comme beaucoup d'autres membres, à l'insertion de l'article dans la première partie, ou à l'idée de donner des exemples précis dans le texte par opposition au commentaire.

378. S'agissant du paragraphe 2, il a été recommandé de se montrer prudent lorsqu'on parlait de "dommages punitifs", mais on a appuyé par ailleurs le maintien de cette notion dans le texte, qui corrigeait une omission de l'article 19. On a toutefois émis l'avis que cette expression avait des connotations trop pénales et n'était pas étayée par la pratique actuelle. L'article 228 du Traité instituant la Communauté économique européenne, cité en exemple dans le rapport, a été considéré comme un cas spécial qui n'indiquait pas du tout une tendance du droit international général. On a exprimé en outre des doutes quant à l'applicabilité de la disposition dans la pratique, étant donné qu'elle était liée à la possibilité d'une réaction des mécanismes institutionnels aux crimes internationaux des États. Des membres ont dit préférer l'autre formule proposée, soit "dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation".

379. À propos de l'alinéa a) du paragraphe 3, il a été souligné que l'obligation de non-reconnaissance était fondée sur une pratique abondante et que cette non-reconnaissance dans un contexte juridique constituait surtout une réaction à la nullité d'un acte et pas seulement à son illégalité.

380. On a posé la question de savoir si l'alinéa b) n'était pas couvert par l'article 27 du Chapitre IV de la première partie puisqu'il traitait de la participation au fait illicite. Le Rapporteur spécial a répondu que dans l'article 27, l'accent était mis sur l'aide ou l'assistance fournie pour la commission du fait illicite alors que dans l'alinéa b) il était mis sur le maintien de la situation créée par le fait illicite. Dans bien des cas cela ne changerait rien parce que l'obligation primaire, qui était une obligation continue, serait violée dans le contexte du maintien de la situation. Mais on pouvait envisager d'autres situations, par exemple, celle d'un comportement équivalent à un crime contre l'humanité qui avait conduit une population à fuir dans un autre État. La question était de savoir si la population devait être autorisée à retourner dans ses foyers une fois que le comportement aurait cessé. Dans un tel contexte, l'alinéa b) avait un rôle à jouer.

381. Selon un point de vue, l'alinéa c) posait un problème car il pouvait être interprété comme signifiant que des États seraient tenus de coopérer avec un autre État qui prendrait unilatéralement des contre-mesures. Les implications de cet alinéa pour le droit de la neutralité n'étaient pas claires non plus. Au minimum, l'alinéa c) devait être limité aux mesures que cet État était en droit de prendre en vertu du droit international.

382. Quant au paragraphe 4, il a été estimé que la référence aux "conséquences pénales" n'était pas claire. De vives réserves ont été émises au sujet de l'existence de conséquences "pénales" en droit international en ce qui concerne les États. Il a été jugé en outre approprié de réserver pour l'avenir les conséquences supplémentaires même s'il fallait reconnaître que les développements futurs concerneraient probablement des violations spécifiques. En fait, le paragraphe 4 était absolument inutile puisque quelle que soit la forme que prendrait le projet d'articles, il ne pourrait pas empêcher le développement du droit coutumier ou conventionnel.

383. Il a été suggéré en outre de prévoir dans l'article 51, que les individus impliqués dans une violation grave commise par un État ne soient pas en droit de se prévaloir, dans une procédure pénale ou civile engagée dans un autre État, du fait qu'ils ont agi en tant qu'agents de l'État; il serait paradoxal que le droit international protège des comportements que par ailleurs il condamne tout particulièrement. En outre, l'insertion d'une telle disposition dans le texte

permettrait d'ajouter un élément dissuasif. En réponse à ces observations, le Rapporteur spécial a noté que cette proposition portait sur une question qui ne relevait pas à proprement parler de la responsabilité des États mais plutôt de la responsabilité pénale des individus. En outre, il n'était pas convaincu par l'idée que l'État devenait "transparent" uniquement dans des circonstances exceptionnelles. En réalité, en matière de violations du droit international, l'État était toujours transparent en tant qu'État, c'est-à-dire qu'il avait toujours à répondre de ses actes, et l'individu, qu'il ait ou non une fonction officielle, avait généralement à répondre des siens selon les règles en vigueur du droit pénal international. Il serait paradoxal de les priver d'une immunité que le droit pénal international n'avait jamais, depuis 1945, reconnue.

21. Conclusions du Rapporteur spécial sur le débat relatif à l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale

384. Le Rapporteur spécial s'est référé aux vues exprimées par les membres qui s'étaient montrés sceptiques ou avaient émis des doutes au sujet de la solution de compromis proposée, et qui avaient proposé d'autres solutions comme, par exemple, récapituler la question dans une clause de sauvegarde unique. Tout en partageant certaines des préoccupations exprimées, il lui paraissait utile de procéder comme il l'envisageait dans sa proposition de compromis, du moins pour susciter des réactions de la Sixième Commission et parce que cette proposition constituait un compromis entre les opinions radicalement divergentes exprimées au sein de la Commission. Même si le moment n'était pas encore venu d'établir un régime élaboré des "crimes", on s'accordait néanmoins généralement à reconnaître qu'il convenait d'admettre l'idée de base qu'il existait des obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble, obligations qui par définition étaient importantes et dont la violation concernait donc tous les États. Il pouvait se produire des violations mineures de ces obligations (par exemple des cas isolés de traitement inhumain ne justifiant pas une réaction multilatérale), mais dans d'autres cas, comme dans ceux du génocide et de l'agression, du fait de la définition des obligations elles-mêmes, les violations en question seraient nécessairement graves.

385. Concernant les contre-mesures collectives, le Rapporteur spécial a relevé que les articles 50A et 50B qu'il proposait avaient bénéficié d'une large approbation, même si certaines préoccupations avaient été exprimées. La pratique montrait clairement que lorsqu'un État était individuellement lésé et était individuellement en droit de prendre des contre-mesures, un autre État ayant un intérêt juridique dans l'application de la norme violée pouvait être autorisé à l'aider.

386. L'article 50B constituait une version modifiée et réduite de la disposition adoptée en première lecture et avait été largement accepté, même par plusieurs membres qui n'admettaient, semblait-il, les contre-mesures que lorsqu'elles étaient multilatérales. Bien qu'il ne soit pas favorable à ce que ces formes de réaction multilatérale soient limitées à une seule région, le Rapporteur spécial a accepté l'idée que les mesures de ce type prises dans une seule région puissent refléter une préoccupation collective. Il a également convenu que les réactions à des violations d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble pouvaient être prises par un seul État, mais qu'elles pouvaient aussi être prises par un certain nombre d'États.

387. À propos de l'article 51, le Rapporteur spécial a noté que le renvoi de ce texte au Comité de rédaction avait été généralement approuvé, et il s'est dit disposé à envisager de scinder cet article en deux ou plusieurs dispositions, comme cela avait été suggéré. Il n'était pas favorable à l'idée

de modifier le titre de l'article 51 en faisant référence à la notion d'obligations "essentielles". Il y avait beaucoup d'obligations envers la communauté internationale qui étaient "essentielles" mais les relations individuelles étaient essentiellement bilatérales, par exemple dans le cas de l'immunité diplomatique. Il fallait plutôt conserver l'idée fondamentale énoncée dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, c'est-à-dire celle d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble dont chaque État individuellement avait intérêt à ce qu'elles soient respectées.

388. Le Rapporteur spécial a entièrement admis que l'on pourrait améliorer la définition de la catégorie de violations énoncée au paragraphe 1 de l'article 51 en reprenant une partie du contenu du paragraphe 2 de l'article 19, adopté en première lecture. Bien que le paragraphe 4 de l'article 51 ne soit pas nécessaire eu égard à l'article 38, adopté en première lecture, il préférerait qu'il soit maintenu étant donné les possibilités de développements futurs dans ce domaine. En revanche, il ne tenait pas particulièrement au terme "pénal" d'autant que sa suppression n'aurait pas d'incidence sur l'application de cette disposition. Il n'était pas non plus opposé à ce que l'on supprime la référence aux conséquences "punitives".

389. Pour ce qui était de la question de la "transparence" de l'État et des conséquences qu'auraient de graves violations d'obligations essentielles impliquant une responsabilité pénale individuelle, il a réitéré son avis selon lequel cette question ne devait pas figurer dans le projet d'articles puisqu'elle relevait soit de la responsabilité pénale individuelle des personnes soit de l'immunité des États. Il préférerait réserver la position juridique, qui avait de toute façon été envisagée dans le cadre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté en 1998, en particulier dans le contexte de l'article 27 combiné à l'article 98 du Statut.

22. Présentation par le Rapporteur spécial des dispositions générales (quatrième partie)

a) Dispositions particulières prévues par d'autres règles applicables (article 37)

390. Le Rapporteur spécial a dit que la Commission avait approuvé l'inclusion dans le projet d'articles d'une disposition sur la *lex specialis*, sur la base de l'article 37 adopté en première lecture. Il proposait une reformulation de l'article 37⁸⁵ car il ne suffisait pas qu'il existe un texte, par exemple une disposition d'un traité international, qui traite de ce point particulier pour que

⁸⁵ Le texte de l'article 37 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 37

Dispositions particulières prévues par d'autres règles applicables

Les dispositions des présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'un fait internationalement illicite d'un État ou ses conséquences juridiques sont déterminées exclusivement par d'autres règles de droit international qui se rapportent à ce fait.

A/CN.4/507/Add.4, par. 429. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.* par. 415 à 421.

ce soit une *lex specialis*. Il fallait aussi que ce texte en traite de telle manière que l'on puisse dire en l'interprétant qu'il visait à exclure toute autre conséquence. C'est ce qui manquait dans le texte adopté en première lecture et qui était incorporé dans sa proposition.

b) Responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci (article A)

391. L'article A⁸⁶ qui traitait de la responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci, avait été adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction en 1998 et avait bénéficié de l'appui général de la Commission.

c) Règles déterminant le contenu d'une obligation internationale (article B)

392. Le Rapporteur spécial a suggéré que la Commission envisage une disposition complémentaire de l'article 30, paragraphe 5, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui soit sans préjudice du droit des traités. Cependant, le projet d'articles sur la responsabilité des États ne portait pas sur l'existence ou le contenu d'une obligation primaire mais traitait uniquement des conséquences de la violation. Le Rapporteur spécial proposait donc une formule plus générale, comme l'article B⁸⁷, qui s'appliquait aussi bien au droit des traités qu'au droit international coutumier.

⁸⁶ Le texte de l'article A proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article A

Responsabilité d'une organisation internationale
ou pour le comportement de celle-ci

Les présents articles sont sans préjudice de toute question qui peut se présenter au regard de la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale. ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

A/CN.4/507/Add.4, par. 429.

⁸⁷ Le texte de l'article B proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article B

Règles déterminant le contenu d'une obligation internationale

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à l'existence ou au contenu d'une obligation internationale d'un État, dont la violation peut entraîner la responsabilité des États.

A/CN.4/507/Add. 4, par. 429.

d) Relation avec la Charte des Nations Unies (article 39)

393. L'article 39, tel qu'il avait été adopté en première lecture, avait été vivement critiqué, y compris par le Rapporteur spécial précédent, M. Arangio-Ruiz. Le Rapporteur spécial actuel, estimant ces critiques justifiées, proposait donc pour l'article 39 un texte plus simple⁸⁸ qui ne pourrait pas être considéré comme un amendement déguisé de la Charte des Nations Unies.

e) Autres clauses de sauvegarde

394. De l'avis du Rapporteur spécial, les clauses de sauvegarde susmentionnées étaient les seules nécessaires. Pour les raisons indiquées au paragraphe 428 de son rapport, il n'approuvait pas l'inclusion de clauses de sauvegarde sur la protection diplomatique, ou sur les questions de nullité et de non-reconnaissance ou de non-rétroactivité. Une clause de définition était aussi inutile. Toutefois, si la Commission devait finalement opter pour un projet d'articles qui se présente sous forme d'un projet de convention, d'autres dispositions seraient nécessaires.

23. Résumé du débat sur les dispositions générales (quatrième partie)

a) Dispositions particulières prévues par d'autres règles applicables (article 37)

395. Le nouveau libellé proposé par le Rapporteur spécial pour cette disposition a été approuvé. On a fait observer que la solution juridique basée sur l'interprétation, suggérée par le Rapporteur spécial, était la seule approche plausible de la question de la relation entre les régimes de la *lex specialis* et le régime général de la responsabilité des États. Différents avis ont été exprimés au sujet de l'expression "dans la mesure où" : certains pensaient qu'elle prêtait à confusion et était superflue, d'autres au contraire qu'elle était utile étant donné que d'autres règles du droit international pouvaient être partiellement applicables au même comportement illicite. En conséquence, le mot "exclusivement" était inapproprié. On s'est également demandé si les mots "les conditions des conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite" englobaient la définition d'un tel fait, les principes généraux, le fait de l'État en vertu du droit international et la violation elle-même.

⁸⁸ Le texte de l'article 39 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 39

Relation avec la Charte des Nations Unies

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État d'après les présents articles sont sans préjudice de l'article 103 de la Charte des Nations Unies.

A/CN.4/507/Add.4, par. 429. Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir *ibid.*, par. 422 à 426.

b) Responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci (article A)

396. L'article proposé a été approuvé. Il a été noté que la Commission pourrait étudier à l'avenir le sujet de la responsabilité des organisations internationales.

c) Règles déterminant le contenu d'une obligation internationale (article B)

397. L'inclusion de cette disposition dans le projet d'article a été approuvée.

d) Relation avec la Charte des Nations Unies (article 39)

398. Le nouveau libellé proposé par le Rapporteur spécial pour cette disposition, qui a été jugé meilleur que celui qui avait été adopté en première lecture, a été approuvé. On a également émis l'avis que si le projet d'articles devait être adopté sous la forme d'une déclaration, il ne serait pas nécessaire d'y inclure une disposition sur la relation avec la Charte. L'article 103 lui-même suffisait à régler le problème et l'article 39 serait donc inutile. Selon une autre opinion, l'article 39 était particulièrement important pour garantir la primauté de l'article 103 de la Charte des Nations Unies par rapport à l'instrument sous la forme duquel le projet d'articles se présenterait.

399. En outre, on a fait observer que la question était plus complexe car le projet d'articles sur la responsabilité des États et la Charte des Nations Unies se situaient sur deux plans différents. Il fallait donc maintenir cet article, quoique sous une forme moins restrictive puisque le texte proposé pour l'article 39 était limité aux conséquences d'un fait internationalement illicite. Il n'y avait pas de raison par ailleurs de limiter cette disposition à l'article 103 de la Charte. Cela se concevait dans le contexte de la Convention de Vienne sur le droit des traités étant donné que l'article 103 traitait de la hiérarchie des traités entre eux mais ce n'était pas le cas dans le contexte de la responsabilité des États. Tout ce qu'il fallait dire c'était que le projet d'articles était sans préjudice de la Charte des Nations Unies.

e) Autres clauses de sauvegarde

400. La proposition du Rapporteur spécial tendant à ne pas inclure de clause de sauvegarde concernant l'immunité diplomatique dans le projet d'articles a été généralement approuvée, mais un membre a dit préférer qu'une telle clause figure dans le projet d'articles, mais dans la deuxième partie *bis*, pas dans la quatrième partie.

401. Il a été observé que si le texte final du projet d'articles devait prendre la forme d'une déclaration, il ne faudrait pas y inclure de disposition sur la non-rétroactivité dans l'espoir que le projet d'articles serait considéré comme étant déclaratoire de droit existant et ayant donc un effet rétroactif. À l'inverse, s'il s'agissait finalement d'un traité, il faudrait y incorporer d'autres dispositions, y compris une clause de non-rétroactivité.

24. Conclusions du Rapporteur spécial sur les dispositions générales (quatrième partie)

402. Le Rapporteur spécial a relevé que les textes qu'il avait proposés pour la quatrième partie avaient été généralement approuvés.

403. Pour les raisons indiquées par certains des membres, il n'était pas favorable à la suppression de l'article 39, compte tenu en particulier du débat nourri que cet article avait suscité au cours de la première lecture. Une version plus simple était plus appropriée.

404. En ce qui concerne l'article 37, et pour répondre à l'argument selon lequel le terme "exclusivement" n'était pas nécessaire compte tenu de l'expression "dans la mesure où", bien qu'il s'agisse plutôt d'un problème de rédaction, il fallait reconnaître que le fait qu'une conséquence particulière s'attache à une norme particulière ne suffisait pas en lui-même pour faire jouer le principe de la *lex specialis*. Il fallait quelque chose de plus, c'est-à-dire que la disposition vise à exclure d'autres conséquences, ce que traduisait le mot "exclusivement".

405. À l'issue de cet examen du projet d'articles adopté en première lecture, le Rapporteur spécial a remercié les membres de la Commission de la patience dont ils avaient fait preuve face à une documentation extrêmement abondante et de nombreuses questions difficiles, ainsi que le secrétariat et ses propres assistants.

Appendice

Projets d'articles provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en seconde lecture⁸⁹

PREMIÈRE PARTIE

LES FAITS INTERNATIONALEMENT ILLICITES DES ÉTATS

Chapitre premier

Principes généraux

Article premier

Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites

Tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale.

Article 2 [3]⁹⁰

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsque :

- a) Un comportement consistant en une action ou une omission est attribuable à l'État en vertu du droit international; et
- b) Ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

Article 3 [4]

Qualification d'un fait de l'État comme internationalement illicite

La qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne.

⁸⁹ La déclaration du Président du Comité de rédaction lors de la présentation du rapport du Comité est reproduite dans le document A/CN.4/SR.2662.

⁹⁰ Les numéros entre crochets correspondent aux numéros des articles adoptés en première lecture.

Chapitre II

Fait de l'État d'après le droit international

Article 4 [5]

Attribution à l'État du comportement de ses organes

1. Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de cet État agissant en cette qualité, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité publique territoriale.
2. Aux fins du paragraphe 1, un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

Article 5 [7]

Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique

Le comportement d'une entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 5, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer les prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 6 [8]

Attribution à l'État d'un comportement mené en fait sur ses instructions ou bien sous sa direction ou son contrôle

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si la personne ou le groupe de personnes agissait en fait sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de cet État en ayant ce comportement est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 7 [8]

Attribution à l'État d'un certain comportement mené en l'absence des autorités officielles

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si la personne ou le groupe de personnes exerçait en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles ou dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 8 [9]

Attribution à l'État du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre État

Le comportement d'un organe mis à la disposition d'un État par un autre État, pour autant que l'organe ait agi dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouvait, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international.

Article 9 [10]

Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur pouvoir ou en contradiction avec leurs instructions

Le comportement d'un organe de l'État ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ou ladite entité ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé son pouvoir ou a contrevenu aux instructions concernant son exercice.

Article 10 [14, 15]

Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre

1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international.
2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui réussit à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international.
3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à un État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit au mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État selon les articles 4 [5] à 9 [10].

Article 11

Comportement qui est entériné ou fait sien par l'État

Un comportement qui n'est pas attribuable à un État selon les articles 4 [5], 5 [7], 6 [8], 7 [8], 8 [9] ou 10 [14, 15] est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, l'État entérine ou fait sien le comportement en question.

Chapitre III

Violation d'une obligation internationale

Article 12 [16, 17, 18]

Existence d'une violation d'une obligation internationale

Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou le caractère de celle-ci.

Article 13 [18]

Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État

Le fait d'un État n'est pas considéré comme une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par l'obligation en question au moment où le fait a lieu.

Article 14 [24]

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait d'un État n'ayant pas un caractère continu se produit au moment où le fait a lieu, même si ses effets se prolongent.
2. La violation d'une obligation internationale par le fait d'un État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.
3. La violation d'une obligation internationale requérant d'un État qu'il prévienne un événement donné se produit au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à ce qui est requis par cette obligation internationale.

Article 15 [25]

Violation constituée par un fait composé

1. La violation d'une obligation internationale, de la part d'un État, par une série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite, se produit avec l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.
2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à l'obligation internationale.

Chapitre IV

Responsabilité d'un État à l'égard du fait d'un autre État

Article 16 [27]

Aide ou assistance dans la commission d'un fait internationalement illicite

Un État qui aide ou assiste un autre État dans la commission d'un fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 17 [28]

Direction et contrôle exercés dans la commission d'un fait internationalement illicite

Un État qui exerce sur un autre État une direction et un contrôle dans la commission d'un fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable de ce fait dans le cas où :

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 18 [28]

Contrainte sur un autre État

Un État qui contraint un autre État à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où :

- a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État soumis à la contrainte; et
- b) L'État qui exerce la contrainte agit de la sorte en connaissance des circonstances du fait.

Article 19

Effet du présent chapitre

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.

Chapitre V

Circonstances excluant l'illicéité

Article 20 [29]

Consentement

Le consentement valable d'un État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

Article 21

Respect de normes impératives

L'illicéité du fait d'un État est exclue si ce fait est exigé, étant donné les circonstances, par une norme impérative du droit international général.

Article 22 [34]

Légitime défense

L'illicéité du fait d'un État est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies.

Article 23 [30]

Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite

L'illicéité du fait d'un État non conforme à ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure dirigée envers cet autre État dans les conditions énoncées aux articles 50 [47] à 55 [48].

Article 24 [31]

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, c'est-à-dire à la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

a) Si la force majeure résulte, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, du comportement de l'État qui l'invoque; ou

b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation.

Article 25 [32]

Détresse

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur du fait en question n'avait raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes confiées à sa garde.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :
 - a) Si la situation de détresse résulte, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, du comportement illicite de l'État qui l'invoque; ou
 - b) Si le fait en question était susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

Article 26 [33]

État de nécessité

1. Un État ne peut invoquer la 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'État 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, la nécessité ne peut être invoquée par un État comme cause d'exclusion de l'illicéité :
 - a) Si l'obligation internationale en question découle d'une norme impérative du droit international général;
 - b) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer la nécessité; ou
 - c) Si l'État qui invoque la nécessité a contribué à la situation de nécessité.

Article 27 [35]

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité en vertu du 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 des dommages ou pertes matériels effectivement causés par le fait en question.

DEUXIÈME PARTIE

CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS

Chapitre premier

Principes généraux

Article 28 [36]

Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

La responsabilité internationale d'un État qui, conformément aux dispositions de la première partie, résulte d'un fait internationalement illicite entraîne les conséquences juridiques énoncées dans la présente partie.

Article 29 [36]

Maintien du devoir d'exécuter l'obligation

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée.

Article 30 [41, 46]

Cessation et non-répétition

L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu :

- a) D'y mettre fin si ce fait continue;
- b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent.

Article 31 [42]

Réparation

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.
2. Le préjudice comprend tout dommage, matériel ou moral, subi en conséquence du fait internationalement illicite d'un État.

Article 32 [42]

Non-pertinence du droit interne

L'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie.

Article 33 [38]

Autres conséquences d'un fait internationalement illicite

Les règles du droit international applicables continuent de régir les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État qui ne sont pas énoncées dans les dispositions de la présente partie.

Article 34

Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie

1. Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, selon la nature et le contenu de l'obligation internationale violée et les circonstances de la violation, qu'un État en soit ou non le bénéficiaire final.
2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale d'un État fait naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État.

Chapitre II

Les formes de la réparation

Article 35 [42]

Formes de la réparation

La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, de manière unique ou combinée, conformément aux dispositions du présent chapitre.

Article 36 [43]

Restitution

L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de procéder à la restitution, c'est-à-dire au rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

- a) N'est pas matériellement impossible;

b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation.

Article 37 [44]

Indemnisation

1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.

Article 38 [45]

Satisfaction

1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il n'a pas été réparé par la restitution ou l'indemnisation.
2. La satisfaction peut consister dans une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles, ou toute autre modalité appropriée.
3. La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable.

Article 39

Intérêts

1. Des intérêts sur toute somme principale exigible selon le présent chapitre sont dus dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à atteindre ce résultat.
2. Les intérêts courent à compter de la date à laquelle le principal aurait dû être versé jusqu'au jour où l'obligation de payer est remplie.

Article 40 [42]

Contribution au dommage

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au dommage due à l'action ou l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité par rapport à laquelle la réparation est demandée.

Chapitre III

Violations graves d'obligations essentielles envers la communauté internationale

Article 41

Application du présent chapitre

1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale découlant d'un fait internationalement illicite qui constitue une violation grave par un État d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble et essentielle pour la protection de ses intérêts fondamentaux.
2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote que l'État responsable s'est abstenu de façon flagrante ou systématique d'exécuter l'obligation, risquant de causer une atteinte substantielle aux intérêts fondamentaux protégés par celle-ci.

Article 42 [51, 53]

Conséquences des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble

1. Une violation grave au sens de l'article 41 peut entraîner pour l'État qui en est responsable l'obligation de verser des dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation.
2. Elle fait naître, pour tous les autres États, les obligations :
 - a) De ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation;
 - b) De ne pas prêter aide ou assistance à l'État responsable pour maintenir la situation ainsi créée;
 - c) De coopérer autant que possible pour mettre fin à la violation.
3. Le présent article est sans préjudice des conséquences prévues au chapitre II et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner une violation à laquelle s'applique le présent chapitre.

DEUXIÈME PARTIE *bis**

MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

Chapitre premier

Invocation de la responsabilité d'un État

Article 43 [40]

L'État lésé

Un État est habilité en tant qu'État lésé à invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due à :

- a) Cet État individuellement; ou
- b) Un groupe d'États dont il fait partie ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation :
 - i) Atteint spécialement cet État; ou
 - ii) Est de nature à porter atteinte à la jouissance des droits ou à l'exécution des obligations de tous les États concernés.

Article 44

Invocation de la responsabilité par un État lésé

1. L'État lésé qui invoque la responsabilité d'un autre État notifie sa demande à cet État.
2. L'État lésé peut préciser notamment :
 - a) Le comportement que devrait adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue;
 - b) La forme que devrait prendre la réparation.

* La Commission a mis de côté la troisième partie (Règlement des différends) du projet d'articles adopté en première lecture, d'où la lacune.

Article 45 [22]

Recevabilité de la demande

La responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée si :

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

Article 46

Perte du droit d'invoquer la responsabilité

La responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée si :

- a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande de manière non équivoque;
- b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande.

Article 47

Invocation de la responsabilité par plusieurs États

Lorsque plusieurs États sont lésés par le même fait internationalement illicite, chaque État lésé peut invoquer séparément la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

Article 48

Invocation de la responsabilité de plusieurs États

1. Lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait.
2. Le paragraphe 1 :
 - a) Ne permet à aucun État lésé de recouvrer, par le biais de l'indemnisation, davantage que le dommage qu'il a subi;
 - b) Est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres États responsables.

Article 49

Invocation de la responsabilité par des États autres que l'État lésé

1. Sous réserve du paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est habilité à invoquer la responsabilité d'un autre État si :

- a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif;
 - b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.
2. Un État habilité à invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable :
- a) La cessation du fait internationalement illicite et les assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30 [41, 46];
 - b) L'accomplissement de l'obligation de réparation conformément au chapitre II de la deuxième partie, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.
3. Les conditions posées par les articles 44, 45 [22] et 46 à l'invocation de la responsabilité par un État lésé s'appliquent également à l'invocation de la responsabilité par un État habilité à le faire en vertu du paragraphe 1.

Chapitre II

Contre-mesures

Article 50 [47]

Objet et limites des contre-mesures

1. Un État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre d'un État responsable d'un fait internationalement illicite que pour inciter cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie.
2. Les contre-mesures sont limitées à la suspension de l'exécution d'une ou de plusieurs obligations internationales que l'État prenant les mesures doit à l'État responsable.
3. Les contre-mesures doivent autant que possible être prises d'une manière qui n'empêche pas la reprise de l'exécution de l'obligation ou des obligations en question.

Article 51 [50]

Obligations non soumises à des contre-mesures

1. Les contre-mesures ne peuvent entraîner aucune dérogation :
 - a) À l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est prévue dans la Charte des Nations Unies;
 - b) Aux obligations concernant la protection des droits de l'homme fondamentaux;

- c) Aux obligations de caractère humanitaire excluant toute forme de représailles contre les personnes qu'elles protègent;
- d) Aux autres obligations découlant des normes impératives du droit international général;
- e) Aux obligations de respecter l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires.

2. Un État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent en application de toute procédure de règlement des différends en vigueur entre lui et l'État responsable.

Article 52 [49]

Proportionnalité

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause.

Article 53 [48]

Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant de prendre des contre-mesures, l'État lésé doit demander à l'État responsable, conformément à l'article 44, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie.
2. L'État lésé doit notifier à l'État responsable toute décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État.
3. Nonobstant le paragraphe 2, l'État lésé peut prendre les contre-mesures provisoires et urgentes qui peuvent être nécessaires pour préserver ses droits.
4. Des contre-mesures autres que celles visées au paragraphe 3 ne peuvent être prises tant que les négociations se poursuivent de bonne foi et ne sont pas indûment retardées.
5. Des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, doivent être suspendues dans un délai raisonnable si :
 - a) Le fait internationalement illicite a cessé; et
 - b) Le différend est soumis à une juridiction ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties.
6. Le paragraphe 5 ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en œuvre de bonne foi la procédure de règlement des différends.

Article 54

Contre-mesures par des États autres que l'État lésé

1. Tout État habilité en vertu de l'article 49, paragraphe 1, à invoquer la responsabilité d'un État peut prendre des contre-mesures à la demande et pour le compte de tout État lésé par la violation, dans la mesure où cet État est lui-même habilité à prendre des contre-mesures en vertu du présent chapitre.
2. Dans les cas visés à l'article 41, tout État peut prendre des contre-mesures, conformément au présent chapitre, dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée.
3. Lorsque plus d'un État prennent des contre-mesures en vertu du présent article, les États concernés doivent coopérer pour s'assurer que les conditions posées dans le présent chapitre pour recourir à des contre-mesures sont remplies.

Article 55 [48]

Cessation des contre-mesures

Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent par rapport au fait internationalement illicite en vertu de la deuxième partie.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 56 [37]

Lex specialis

Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou ses conséquences juridiques sont déterminées par des règles spécifiques de droit international.

Article 57

Responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci

Les présents articles sont sans préjudice de toute question qui peut se présenter au regard de la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

Article 58

Responsabilité individuelle

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit en tant qu'organe ou agent de l'État.

Article 59 [39]

Relation avec la Charte des Nations Unies

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État d'après les présents articles sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies.

CHAPITRE V

PROTECTION DIPLOMATIQUE

A. Introduction

406. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a inclus le sujet de la "Protection diplomatique" au nombre des trois sujets dont elle a jugé qu'ils se prêtaient à la codification et au développement progressif⁹¹. Cette même année, l'Assemblée générale, dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, a invité la Commission à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations qui avaient été faits au cours du débat à la Sixième Commission, ainsi que sur les commentaires que les gouvernements pourraient souhaiter soumettre par écrit. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission, en application de cette résolution, a constitué, à sa 2477^{ème} séance, un groupe de travail sur le sujet⁹². Le Groupe de travail a présenté un rapport au cours de ladite session, que la Commission a fait sien⁹³. Le Groupe de travail s'est efforcé a) de préciser autant que possible la portée du sujet et b) de déterminer les questions à étudier dans le contexte du sujet. Il a présenté un schéma pour l'examen du sujet, que la Commission a recommandé au Rapporteur spécial de prendre pour base de travail pour établir son rapport préliminaire⁹⁴. La Commission a décidé par ailleurs qu'elle s'efforcerait d'achever l'examen en première lecture du sujet d'ici à la fin du présent quinquennat.

407. À sa 2501^{ème} séance, le 11 juillet 1997, la Commission a désigné M. Mohamed Bennouna Rapporteur spécial sur le sujet.

408. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé "Protection diplomatique".

409. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial⁹⁵. À la même session, la Commission a constitué un groupe de travail

⁹¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément No 10 (A/51/10), par. 249, et annexe II, Add.1.*

⁹² *Ibid., cinquante-deuxième session, Supplément No 10 (A/52/10), chap. VIII.*

⁹³ *Ibid.*, par. 171.

⁹⁴ *Ibid.*, par. 189 et 190.

⁹⁵ A/CN.4/484.

à composition non limitée chargé d'étudier les conclusions éventuelles qui pourraient être tirées de l'examen de la façon d'aborder le sujet⁹⁶.

410. À sa cinquante et unième session, en 1999, après que la Commission a nommé M. Christopher John R. Dugard Rapporteur spécial sur le sujet⁹⁷, M. Bennouna a été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

B. Examen du sujet à la présente session

411. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506 et Corr.1 et Add.1). La Commission a examiné le premier rapport publié sous la cote A/CN.4/506 et Corr.1 à ses 2617ème à 2620ème séances, et à ses 2624ème à 2627ème séances ainsi qu'à sa 2635ème séance, tenues respectivement entre le 9 et le 12 mai, entre le 19 et le 25 mai, et le 9 juin 2000. Faute de temps, la Commission a reporté l'examen du document A/CN.4/506/Add.1 à sa prochaine session.

412. À sa 2624ème séance, la Commission a décidé que les articles 1er, 3 et 6 feraient l'objet de consultations officielles ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial. Le rapport sur les consultations officielles est reproduit au paragraphe 495 ci-après.

413. La Commission a examiné le rapport sur les consultations officielles à sa 2635ème séance et a décidé à la même séance de renvoyer les projets d'articles 1er, 3, et 5 à 8 ainsi que le rapport en question au Comité de rédaction.

1. Aperçu général de l'approche du sujet

414. Le Rapporteur spécial, présentant son premier rapport, a dit que dans la mesure où la Commission avait déjà discuté de la façon d'aborder le sujet et des questions générales qu'il soulevait lors de l'examen du rapport préliminaire de l'ancien Rapporteur spécial et dans le cadre des deux groupes de travail chargés du sujet en 1997 et 1998, ainsi que pour des raisons pratiques, il avait décidé de passer directement à des propositions d'articles car cette façon de procéder permettrait de mieux circonscrire le débat et d'aboutir à des conclusions. Il a tenu cependant à fournir des explications sur quelques questions générales qui se posaient dans le cadre des articles qu'il avait proposés et qui pouvaient être examinées à cette occasion.

415. En premier lieu, il était parti de l'idée que la protection diplomatique pouvait servir à faire avancer la cause de la protection des droits de l'homme. Il considérait en conséquence que la protection diplomatique demeurerait une arme de choix pour la défense des droits de l'homme.

⁹⁶ Les conclusions du Groupe de travail figurent dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément No 10* (A/53/10), par. 108.

⁹⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10* (A/54/10), par. 19.

Tant que l'État restait l'acteur principal des relations internationales, l'endossement par les États des réclamations de leurs nationaux pour violation de leurs droits resterait le moyen le plus efficace de protéger les droits de l'homme. Au lieu de chercher à affaiblir l'institution en l'écartant comme une fiction totalement dépassée, il faudrait au contraire tout faire pour renforcer les règles qui composent le droit de la protection diplomatique. Telle était la philosophie sur laquelle reposait son rapport.

416. Deuxièmement, le Rapporteur spécial n'était pas convaincu que la protection diplomatique était devenue désuète du fait de l'existence de divers mécanismes de règlement des différends auxquels les individus avaient désormais accès. Bien que les individus participent au système juridique international et soient dotés de droits en vertu du droit international, les recours dont ils disposaient restaient limités.

417. Troisièmement, le Rapporteur spécial avait choisi délibérément de soumettre les questions les plus controversées que soulevait le sujet dès le début afin d'obtenir des orientations de la part de la Commission et de régler ces questions avant d'aller de l'avant. C'était le cas en particulier de la question de l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique, examinée dans le contexte de l'article 2 et de la question de savoir s'il existait pour les États un devoir d'exercer la protection diplomatique, examinée dans le contexte de l'article 4.

418. En ce qui concerne l'économie du projet, le Rapporteur spécial a indiqué que les huit projets d'articles proposés dans le document A/CN.4/506 pouvaient être rangés en deux catégories. Dans la première catégorie (articles 1er à 4) les articles 1er et 3 énonçaient pour l'essentiel des considérations de base, tandis que les articles 2 et 4 étaient particulièrement sujets à controverse. Les articles 5 à 8, qui relevaient de la deuxième catégorie, étaient tout autant controversés, mais traitaient tous de questions liées à la nationalité.

2. Article premier⁹⁸

a) Présentation par le Rapporteur spécial

⁹⁸ L'article premier était libellé comme suit :

Article premier

Champ d'application

1. Aux fins des présents articles, on entend par protection diplomatique toute action engagée par un État contre un autre État à raison du préjudice causé à la personne ou aux biens de l'un des nationaux du premier État, par un fait ou une omission internationalement illicite imputable au deuxième État.
2. Dans les circonstances exceptionnelles visées à l'article 8, la protection diplomatique peut s'étendre à des non-nationaux.

A/CN.4/506, p. 9.

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

420. Le mot "action" employé à l'article premier soulevait quelques difficultés. Dans la plupart des cas, les définitions de la protection diplomatique n'expliquaient pas de manière satisfaisante la nature des moyens dont disposait l'État pour exercer cette protection. La Cour permanente de justice internationale semblait avoir établi une distinction entre "l'action diplomatique" et "l'action judiciaire", distinction reprise par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm*⁹⁹ et par le Tribunal des réclamations irano-américain dans l'affaire *No A/18*¹⁰⁰. À l'opposé, les publicistes ne faisaient pas cette distinction et estimaient que la "protection diplomatique" couvrait l'action consulaire, la négociation, la médiation, l'action judiciaire ou arbitrale, les représailles, les mesures de rétorsion, la rupture des relations diplomatiques, les pressions économiques et, en dernier ressort, le recours à la force.

b) Résumé du débat

421. Le rapport du Rapporteur spécial a été jugé fort intéressant, bien documenté et très utile pour examiner de manière franche et directe les principales questions controversées auxquelles la Commission devrait peut-être s'attaquer en l'occurrence. Le rapport soulevait un certain nombre de points importants dans le contexte de l'article premier, qui avaient également une incidence sur la façon d'aborder le sujet.

422. Il a été noté que le Rapporteur spécial avait accordé dans son rapport une grande importance à la protection diplomatique en tant qu'instrument permettant de veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits de l'homme. On a fait observer toutefois que ce point avait peut-être été surestimé. Il n'apparaissait pas immédiatement à l'évidence qu'un État qui soulevait un problème en matière de droits de l'homme touchant ses ressortissants exerçait la protection

⁹⁹ *CIJ Recueil 1955*.

¹⁰⁰ Iran-United States Claims Tribunal Reports, affaire No A/18 (1984) 5, p. 251.

diplomatique. En droit international, les obligations relatives aux droits de l'homme étaient des obligations *erga omnes* types. Tout État pouvait demander la cessation de la violation, que les personnes concernées soient ses nationaux, des nationaux de l'État auteur de la violation ou des nationaux d'un État tiers. Ainsi, le critère de la nationalité des réclamations semblait ne pas avoir sa place lorsque les droits de l'homme étaient en jeu. Cela dit, les États se préoccupaient essentiellement de protéger les droits de l'homme de leurs ressortissants et bien que les règles du droit international général relatives aux droits de l'homme n'établissent pas en général de distinction entre les personnes protégées en fonction de leur nationalité, les États avaient tendance à les appliquer de manière plus efficace lorsque leurs propres nationaux étaient en cause. On pouvait donc assurément penser que la notion de protection diplomatique s'étendait à la protection par un État des droits de l'homme de ses nationaux. Mais cela soulevait toutefois des difficultés. Dans son célèbre *dictum* en l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice avait indiqué que seul l'État de nationalité pouvait intervenir et exercer la protection diplomatique, mais lorsque des droits de l'homme étaient en jeu, n'importe quel État pouvait intervenir.

423. Il a été noté en outre que le mot "action" qui figurait à l'article premier soulevait des difficultés. La protection diplomatique était un processus long et complexe. Lorsqu'un État recevait une plainte émanant d'un particulier, il l'examinait pour en apprécier l'importance et la légalité. Cette première phase préparatoire d'investigation se situait en dehors de la protection diplomatique. Celle-ci n'entrait en jeu qu'à partir du moment où le gouvernement décidait de présenter une réclamation pour le compte de son national au gouvernement qui aurait failli à certaines règles de droit international.

424. Dans ce contexte, les avis ont divergé quant à la question de savoir si la protection diplomatique s'appliquait aux actions engagées par un gouvernement pour empêcher qu'un préjudice soit causé à un de ses nationaux (c'est-à-dire avant que le fait illicite se soit produit) ou uniquement aux faits illicites de l'État qui avaient déjà été commis. Certains membres de la Commission penchaient pour la deuxième solution, à savoir que la protection diplomatique était liée au fait internationalement illicite d'un État qui avait causé un préjudice au ressortissant d'un autre État. La participation de l'État de nationalité à des négociations avec d'autres États en vue d'empêcher qu'un préjudice soit causé à leurs nationaux n'entrait pas dans le champ de la protection diplomatique au sens classique où il faut entendre cette notion. D'autres membres de la Commission étaient d'un avis différent. Selon eux, dans la pratique, les États pouvaient prendre à leur compte les préoccupations de leurs citoyens au sujet d'actions ou de mesures qui risquaient dans l'avenir de leur causer un préjudice. L'intervention de l'État de nationalité à ce stade devrait aussi être qualifiée de protection diplomatique. En tout état de cause, la protection diplomatique n'était pas une "action" en tant que telle; il s'agissait de la mise en mouvement d'une procédure par laquelle la réclamation d'une personne physique ou morale devenait une relation juridique internationale. Dans son sens purement technique, la protection diplomatique était l'un des moyens d'engager la responsabilité internationale de l'État.

425. En ce qui concerne la nature de la protection diplomatique, deux opinions différentes ont été exprimées. Selon l'une d'elles, la protection diplomatique était un droit de l'individu. Ainsi, la Constitution d'un certain nombre d'États garantissait le droit des nationaux à la protection diplomatique; cette tendance allait dans le sens du développement de la protection

des droits de l'homme dans le droit international contemporain. Selon une autre opinion, partagée par un grand nombre de membres de la Commission, la protection diplomatique était un droit discrétionnaire de l'État. Un État avait le droit de présenter une réclamation à un autre État en raison d'un fait illicite commis par ce dernier, même si ce n'était pas l'État lui-même mais son national qui avait subi le préjudice causé par ce fait illicite. L'État n'était toutefois pas tenu de présenter une réclamation au nom d'un de ses nationaux lésés. L'obligation constitutionnelle d'accorder la protection diplomatique aux nationaux n'avait pas d'incidence sur le droit international pour ce qui était de l'institution de la protection diplomatique.

426. S'agissant de la définition du préjudice, de l'avis général il faudrait rédiger l'article premier de manière à montrer que la protection diplomatique était liée à un préjudice au regard du droit international et non au regard du droit interne. Quant à savoir si la violation du droit interne faisait naître le droit d'exercer la protection diplomatique, il a été suggéré de considérer que si le droit interne était violé à l'égard d'un étranger et qu'aucune réparation n'était accordée par les tribunaux nationaux, cela devrait constituer un préjudice au regard du droit international. Cette suggestion n'a toutefois pas été bien accueillie par certains membres étant donné que le problème qui se posait en matière de protection diplomatique n'était pas le non-respect des garanties d'une procédure régulière mais l'épuisement des recours internes, qui était un problème beaucoup plus large que le déni des garanties d'une procédure régulière. La protection diplomatique pouvait être exercée même en l'absence de non-respect des garanties d'une procédure régulière. S'attacher au déni de justice ferait intervenir des règles primaires.

427. Il a été noté que compte tenu du lien entre les deux sujets, il faudrait employer la même terminologie pour la protection diplomatique que pour la responsabilité des États. Il a été dit également qu'il faudrait clarifier la notion de "protection diplomatique" afin d'éviter toute confusion avec les notions de protection, de privilèges et d'immunités des diplomates et les questions relatives à la représentation et aux fonctions consulaires et diplomatiques.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

428. Le Rapporteur spécial a dit que l'article premier n'avait pas suscité vraiment d'objections. Toutefois, des doutes avaient été exprimés au sujet de la terminologie employée, en particulier le terme "action", qui avait donné lieu à des interprétations différentes. On avait suggéré que cette question soit examinée plus attentivement. Certains membres avaient aussi estimé qu'il faudrait aligner la rédaction de l'article premier sur celle des articles consacrés à la responsabilité des États.

429. Des observations avaient été formulées quant à la nécessité qu'un fait illicite ait été commis pour pouvoir exercer la protection diplomatique. Certains membres avaient toutefois fait observer qu'un fait pouvait être potentiellement un fait internationalement illicite, comme un projet de loi prévoyant des mesures qui pourraient constituer un fait internationalement illicite. Cette question devrait aussi être examinée plus avant par le Comité de rédaction.

3. Article 2¹⁰¹

a) Présentation par le Rapporteur spécial

430. Le Rapporteur spécial a expliqué que l'article 2 soulevait deux questions éminemment controversées : premièrement, l'éternelle question de savoir si le droit international autorise l'intervention par la force pour protéger des nationaux; et, deuxièmement, celle de savoir si cette question relève bien de la sphère de la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial avait hésité à trop s'étendre sur ce point dans le commentaire, étant donné en particulier qu'il était probable que la Commission rejette l'article 2. Il a rappelé que, dans son rapport préliminaire en 1998, le Rapporteur spécial précédent avait déclaré, sans y apporter de réserve, que l'État ne pouvait recourir à la menace et à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique. Il s'était donc senti obligé de ne pas éluder la question dans son rapport.

431. Il a dit que l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies interdisait le recours à l'emploi de la force. La seule exception, qui autorisait les États à agir unilatéralement, était prévue à l'Article 51, qui traite du droit de légitime défense. Le droit de légitime défense tel que le reconnaît le droit international avait été formulé bien avant 1945. Il était généralement admis que, de portée large, il comprenait aussi bien les mesures prises par anticipation que les interventions conduites pour protéger des ressortissants. L'Article 51 de la Charte ne prévoyait pas son exercice dans ces cas : il ne l'envisageait que dans celui où il y avait eu agression armée. Un long débat s'était instauré, au cours duquel certains auteurs avaient adopté des positions différentes sur la question. Les décisions des tribunaux internationaux et des organes politiques des Nations Unies n'offraient guère d'orientation sur ce point. Les tribunaux avaient généralement évité d'aborder le sujet. Le droit manquait donc de certitude. Toutefois, les États avaient fait dans le passé un usage abusif du droit de protéger par la force leurs propres

¹⁰¹ L'article 2 était libellé comme suit :

Article 2

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

- a) L'État de protection n'a pas pu assurer la sécurité de ses nationaux par des moyens pacifiques;
- b) L'État auteur du préjudice ne veut pas ou ne peut pas assurer la sécurité des nationaux de l'État de protection;
- c) Les nationaux de l'État de protection sont exposés à un danger immédiat;
- d) L'emploi de la force est proportionné aux circonstances;
- e) L'emploi de la force est limité dans le temps et l'État de protection retire ses forces dès que les nationaux sont sauvés.

A/CN.4/506, p. 13 et 14.

nationaux et tel était encore le cas. Il fallait donc, si ce droit était retenu, le formuler de façon limitative. Le Rapporteur spécial avait essayé de le faire en proposant l'article 2 qui, à son avis, reflétait mieux la pratique des États qu'une interdiction absolue du recours à la force : pareille interdiction était difficilement conciliable avec la pratique effective des États. Il en était de même du droit général d'intervenir, qui n'était pas conciliable avec les protestations que des interventions menées pour protéger des nationaux soulevaient de la part de l'État lésé et d'États tiers.

432. Au paragraphe 60 du rapport, il était précisé que l'intervention humanitaire au sens de la protection par la force des droits des nationaux d'un autre pays n'entraînait pas dans le cadre de l'étude. Le Rapporteur spécial croyait comprendre que l'article 2 susciterait un long débat. Mais il souhaiterait que la Commission se prononce sur la question d'emblée afin d'éviter que le problème ne se pose de nouveau en plein débat sur le sujet. Le rapport contenait suffisamment d'éléments d'information pour que la Commission puisse décider d'inclure ou non une disposition de cette nature dans le projet.

b) Résumé du débat

433. Deux opinions différentes ont été exprimées à propos de l'article 2.

434. Selon une opinion, l'article 2 était contestable car il ne rejetait pas catégoriquement l'idée du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique. Le projet d'articles ne devait prévoir aucune dérogation qui puisse jeter un doute sur cette interdiction. Les circonstances exonérant un État de toute responsabilité pour l'emploi de la force pourraient peut-être comprendre le danger imminent ou l'état de nécessité, questions qui devraient être régies par le projet sur la responsabilité des États. Néanmoins, dans le contexte de la protection diplomatique, toute règle permettant, justifiant ou légitimant l'emploi de la force était dangereuse et inacceptable. Comme le Rapporteur spécial l'avait fait observer, depuis l'énoncé de la doctrine Drago en 1902 et la Convention Porter concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles, l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force avait été l'un des aspects les plus remarquables du développement du droit de la protection diplomatique, qui avait certainement servi le développement du droit international général. Cette interdiction avait été consacrée à l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies. En outre, compte tenu du fait que de tout temps la protection diplomatique avait servi de prétexte à l'emploi de la force, il était essentiel de maintenir la première partie de la disposition liminaire de l'article 2, à savoir le membre de phrase "il est interdit de recourir à la menace ou à l'emploi de la force comme moyen de protection diplomatique" quelque part dans le projet étant donné qu'il s'agissait d'un élément important dans le développement du droit international coutumier de la protection diplomatique. Le reste du texte proposé par le Rapporteur spécial, à partir des mots "sauf pour sauver..." devrait en revanche être supprimé. Il ne fallait pas oublier que, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, l'article 50 a) relatif aux contre-mesures adopté en première lecture interdisait expressément à un État d'utiliser, à titre de contre-mesures, la menace ou l'emploi de la force interdits par la Charte. Néanmoins, toute tentative pour supprimer la première partie de la première phrase de l'article 2 proposé par le Rapporteur spécial risquait d'être mal interprétée à une époque où on avait de plus en plus tendance à employer la force dans des cas exceptionnels.

435. En rapport avec l'opinion exprimée dans le paragraphe qui précède, il a été également dit que la proposition du Rapporteur spécial était aussi contraire à un autre principe capital du droit international, à savoir celui de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, tel qu'il est exprimé dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, déclaration qui stipule qu'aucun État ni groupe d'États n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit – y compris par conséquent pour la protection des nationaux – dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État et, qu'en conséquence, non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace, dirigées contre la personnalité d'un État ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels, étaient contraires au droit international.

436. Selon une autre opinion, la question de l'emploi de la force n'entrait pas dans le cadre du sujet de la protection diplomatique et ne relevait pas du mandat de la Commission. La protection diplomatique était liée au droit de la responsabilité et concernait essentiellement la recevabilité des réclamations. La Commission ne pouvait certainement pas embrasser l'ensemble des mécanismes, dont certains étaient très importants en soi, par lesquels une protection pouvait être accordée à des particuliers qui avaient des plaintes à formuler contre des États. Ces mécanismes englobaient un large éventail de moyens, dont les mesures de maintien de la paix, les activités consulaires, etc. De plus, la question de l'emploi de la force par un État pour protéger ses nationaux à l'étranger ne pouvait être dissociée de l'ensemble de la question de l'emploi de la force et de l'application de la Charte des Nations Unies. Les actions visées par le Rapporteur spécial pouvaient être justifiées ou excusées sur la base d'autres principes du droit international, comme celui de l'état de nécessité, mais comme l'intervention humanitaire, il s'agissait de questions controversées et qui n'avaient aucun rapport avec le sujet de la protection diplomatique.

437. Les membres qui partageaient la première opinion ont jugé inconcevable que des États disposent ainsi dans le cadre de la protection diplomatique d'une base juridique qui leur permettrait de recourir à la force autrement qu'en cas de légitime défense, comme le prévoit l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. On ne pouvait pas étendre la notion de légitime défense, à leur avis, à la protection des nationaux d'un État dans un pays étranger. Mais certains des membres qui souscrivaient à la deuxième opinion, à savoir que la question du recours à la force n'entrait pas dans le champ de la protection diplomatique, ont estimé que le Rapporteur spécial interprétait correctement l'Article 51 de la Charte et que des États seraient en droit d'employer la force dans l'exercice du droit de légitime défense si la vie de leurs nationaux était en jeu. D'autres membres qui souscrivaient à la deuxième opinion n'ont pas pris position sur la question de l'emploi de la force. Les membres qui étaient d'avis que les questions traitées à l'article 2 n'entraient pas dans le cadre du sujet de la protection diplomatique et devraient donc être supprimées, n'étaient pas d'accord pour que soit maintenue la première partie de la disposition liminaire puisque selon eux l'emploi de la force pour protéger des nationaux était une forme d'auto-assistance distincte et non une forme de protection diplomatique à quelque niveau que ce soit, en droit ou en fait. Pour cette raison, le maintien même de cette partie de l'article 2 créerait la confusion.

438. On a avancé aussi l'idée que les articles devraient indiquer clairement que la protection diplomatique était l'engagement d'une procédure de règlement pacifique d'un différend visant à protéger les droits ou les biens d'un national qui avait été menacé d'un préjudice ou avait effectivement subi un préjudice dans un autre État. Ainsi, on excluait la force sans utiliser la formule de la première phrase du projet d'article 2. Une solution constructive au problème, qui méritait d'être examinée, consisterait peut-être à supprimer le mot "action" à l'article premier et à dire à la place que par protection diplomatique il fallait entendre l'engagement d'une procédure de règlement pacifique d'un différend.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

439. En ce qui concernait l'article 2, force était de constater que le recours à la force était interprété par certains États comme l'étape ultime de l'exercice de la protection diplomatique. De nombreux auteurs avaient d'ailleurs appuyé cette position avant et après la Deuxième Guerre mondiale. Il était un fait que des États avaient, à diverses occasions, eu recours à la force pour protéger leurs nationaux, sous prétexte d'exercer leur droit de protection diplomatique, et qu'ils continueraient à le faire dans l'avenir. En toute honnêteté, le Rapporteur spécial ne pouvait pas, comme son prédécesseur, soutenir que le recours à la force était proscrit lorsqu'il s'agissait pour un État de protéger ses ressortissants. Il avait cependant essayé de délimiter strictement la question. Certains membres avaient rejeté le projet d'article 2 au motif que la Charte des Nations Unies interdit le recours à la force, même pour protéger les ressortissants, et qu'il n'est justifié qu'en cas d'attaque armée. Toutefois, d'autres membres de la Commission n'avaient pas adopté de position sur les dispositions de la Charte, préférant rejeter le projet d'article 2 au simple motif que ces dispositions ne relevaient pas du champ de la protection diplomatique. Le débat avait montré non seulement que le sens à donner à la notion de "protection diplomatique" ne faisait pas l'unanimité, mais aussi que le recours à la force en était exclu. Il était donc tout à fait clair que le projet d'article 2 était inacceptable pour la Commission.

4. Article 3¹⁰²

a) Présentation par le Rapporteur spécial

440. Le Rapporteur spécial a dit que la question de savoir si le droit d'exercer la protection diplomatique appartenait à l'État ou à l'individu faisait l'objet de l'article 3. À ce stade, il suffisait de dire qu'il était traditionnellement dévolu à l'État dont la personne lésée avait la nationalité.

¹⁰² L'article 3 était libellé comme suit :

Article 3

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

A/CN.4/506, p. 18.

La fiction selon laquelle le dommage causé équivalait à un dommage causé à l'État de nationalité remontait au XVIII^e siècle et à Vattel, et avait été reprise par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*¹⁰³ et dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*¹⁰⁴ ainsi que par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm*.

441. L'article 3 était relativement peu controversé. Il posait la question de savoir à qui appartiennent les droits qui sont revendiqués lorsque l'État de nationalité invoque la responsabilité d'un autre État pour préjudice causé à un de ses nationaux. La conception classique, selon laquelle le dommage avait été causé à l'État lui-même, avait été contestée au motif qu'elle était traversée de contradictions. Comme le Rapporteur spécial avait déjà eu l'occasion de le souligner, cette doctrine avait été acceptée des siècles durant et entérinée par la Cour permanente de Justice internationale et par la Cour internationale de Justice.

442. La protection diplomatique, même si elle était fondée sur une fiction, était une institution acceptée en droit international coutumier et elle servait encore à protéger les droits de l'homme. Elle offrait un recours potentiel permettant de protéger des millions d'étrangers qui n'avaient pas accès aux organes internationaux et elle constituait un recours utile pour ceux qui avaient accès aux recours souvent peu efficaces que prévoient les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

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

b) Résumé du débat

444. L'article 3 proposé a été jugé en principe acceptable mais sa formulation a soulevé un certain nombre de difficultés. L'article adhérait étroitement à la doctrine classique de la protection diplomatique, l'élément essentiel en étant l'expression "à l'égard d'un de ses nationaux

¹⁰³ *CPJI*, 1924, série A, No 2.

¹⁰⁴ *CPJI*, 1924, série A/B, No 76.

lésés par un autre État". Des membres ont fait observer qu'il vaudrait mieux remplacer ce membre de phrase par les mots "lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État", ce qui aurait l'avantage de recentrer le sujet sur le domaine dont il ne devrait pas sortir, à savoir celui de la responsabilité internationale. Mais surtout, dans la théorie traditionnelle, ce n'était pas le particulier qui était lésé, c'était l'État qui subissait un préjudice en la personne de son ressortissant. C'était là que résidait la fiction traditionnelle et il fallait la conserver dans l'ensemble du projet d'articles.

445. Il a été souligné que l'évolution favorable du droit international qui reconnaissait des droits directement aux individus dans le contexte de la protection des droits de l'homme ou dans la protection des investissements, n'avait pas affaibli la doctrine classique de la protection diplomatique. La protection diplomatique relevait de la compétence discrétionnaire de l'État dans le droit international positif en vigueur, - et peut-être faudrait-il le dire plus nettement. La question se posait de savoir si le moment n'était pas venu d'encadrer plus étroitement ce pouvoir discrétionnaire de l'État. On a également émis l'avis qu'il n'était pas opportun de conserver le membre de phrase indiquant que le droit d'exercer la protection diplomatique avait un caractère discrétionnaire, étant donné que certains pourraient arguer qu'une telle formule privait les États de la possibilité d'adopter une législation interne les obligeant à protéger leurs nationaux.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

446. Dans l'article 3, le Rapporteur spécial avait proposé à la Commission d'adopter le point de vue traditionnel découlant de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale relatif aux *Concessions Mavrommatis en Palestine*, selon lequel la protection diplomatique était une prérogative de l'État, celui-ci n'agissant pas en qualité d'agent de son ressortissant. Certains membres avaient indiqué que la prétention de l'État devait être affirmée plus clairement. D'autres avaient estimé qu'il fallait souligner davantage que le dommage causé au ressortissant était la conséquence d'une violation du droit international. Pour le Rapporteur spécial, cette idée était implicite dans le projet d'article, mais on pourrait effectivement l'explicitier.

5. Article 4¹⁰⁵

a) Présentation par le Rapporteur spécial

447. Le Rapporteur spécial a dit que l'article 4 portait sur une autre question controversée : il s'inscrivait dans une perspective *de lege ferenda* et relevait de ce fait du développement progressif du droit international et non de sa codification. La doctrine traditionnelle voulait qu'un État dispose du droit absolu de décider d'exercer ou non sa protection diplomatique au nom d'un de ses nationaux. Il n'était pas tenu de le faire. Il s'ensuivait qu'en droit international, le national d'un État qui subissait un préjudice à l'étranger ne pouvait revendiquer aucun droit à la protection diplomatique. Selon certains auteurs, cette position était un aspect regrettable du droit international, et l'évolution dans le domaine du droit international relatif aux droits de l'homme voulait qu'un État soit tenu d'accorder une protection diplomatique à une personne lésée. Cette question avait été débattue à la Sixième Commission, au sein de laquelle la plupart des orateurs avaient émis l'avis que l'État disposait en matière d'exercice de la protection diplomatique d'un pouvoir discrétionnaire absolu. D'autres orateurs avaient cependant soutenu le contraire.

448. La pratique des États en la matière ne manquait pas d'intérêt. La Constitution de nombreux États consacrait le droit de la personne à la protection diplomatique. Certaines d'entre elles disposaient que l'État doit protéger les droits légitimes de ses ressortissants à l'étranger, ou que ses ressortissants à l'étranger jouissent de la protection. Néanmoins, le Rapporteur spécial ne savait pas si ces droits pouvaient être invoqués en vertu du droit interne, devant un tribunal,

¹⁰⁵ L'article 4 était libellé comme suit :

Article 4

1. À moins que la personne lésée ne puisse présenter une réclamation pour le préjudice subi devant une cour ou un tribunal international compétent, l'État dont elle a la nationalité a l'obligation juridique d'exercer, à la demande, la protection diplomatique à l'égard de cette personne si celle-ci en fait la demande, si le préjudice est le résultat d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* imputable à un autre État.
2. L'État de nationalité est déchargé de cette obligation lorsque :
 - a) L'exercice de la protection diplomatique mettrait sérieusement en danger ses intérêts supérieurs et/ou ceux de ses citoyens;
 - b) Un autre État exerce la protection diplomatique à l'égard de la personne lésée;
 - c) La personne lésée n'a pas pour nationalité effective et dominante la nationalité de cet État.
3. Les États ont l'obligation de prévoir dans leur droit interne l'exercice de ce droit devant un tribunal national compétent ou d'autres autorités nationales indépendantes.

Ibid., p. 27.

ou s'ils visaient simplement à faire en sorte qu'un national lésé à l'étranger ait le droit d'accéder aux autorités consulaires de son État.

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

b) Résumé du débat

450. Certains membres de la Commission ont exprimé des préoccupations au sujet de l'article 4 qui s'inscrivait à leur avis dans une perspective *de lege ferenda* et n'était pas étayé par la pratique des États. Les dispositions constitutionnelles mentionnées aux paragraphes 80 et 81 du rapport du Rapporteur spécial ne fournissaient aucune preuve d'*opinio juris*. Il n'y avait pas beaucoup d'auteurs contemporains qui pensent que la protection diplomatique était un devoir de l'État et la conclusion formulée au paragraphe 87 selon laquelle il existait dans la pratique récente des États des "signes" étayant ce point de vue constituait une appréciation optimiste des éléments d'information effectivement disponibles.

451. Dans le même ordre d'idées, il a été dit que l'article 4 allait beaucoup trop loin en faisant de l'exercice de la protection diplomatique un devoir pour l'État dans certaines circonstances, sans toutefois indiquer envers qui l'État avait cette obligation. Cela pouvait être envers l'individu mais, dans la mesure où il avait également été fait mention des normes impératives, la question se posait de savoir si ce n'était pas une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. La protection diplomatique, a-t-on dit, était une prérogative souveraine de l'État, qu'il exerçait à sa discrétion. Au mieux, la législation nationale pouvait énoncer les objectifs ou la politique de l'État en matière d'octroi d'une protection à ses nationaux à l'étranger mais pas des dispositions juridiques contraignantes.

452. Comme les articles premier et 3, cet article soulevait la question des droits de l'homme. À l'évidence, la protection diplomatique n'était pas reconnue comme un droit de l'homme et ne pouvait pas être mise en œuvre à ce titre. Il a été souligné à nouveau qu'il fallait établir une distinction entre les droits de l'homme et la protection diplomatique étant donné que les associer risquait de créer plus de problèmes que cela n'en résoudrait. En outre, vu l'absence d'interprétation claire du sens et du champ d'application du *jus cogens*, cet article posait d'importants problèmes. De ce fait, la Commission devrait s'en tenir à la notion strictement technique de l'institution et ne devrait pas outrepasser son mandat.

453. Il a été noté en outre que selon cet article, un État avait "l'obligation juridique" d'exercer sa protection diplomatique mais que cette obligation était limitée au cas où la personne lésée en faisait la demande. Il y avait là une contradiction : si l'État avait une obligation, il devait s'en acquitter, à défaut il commettrait un fait illicite. À l'article 4, la "demande" des personnes lésées était liée exclusivement à une violation grave d'une norme de *jus cogens* mais cette formulation réduisait radicalement la portée du droit à la protection diplomatique. Cela impliquait qu'un État n'était tenu d'intervenir que lorsque le *jus cogens* était en cause. L'idée était peut-être que, lorsqu'une règle de *jus cogens* était violée, un État devait intervenir quelles que soient les circonstances, et de fait, plus efficacement, scrupuleusement et volontairement que dans d'autres situations. Cette formulation contredisait les principes de la responsabilité des États selon lesquels, en cas d'atteinte à une norme de *jus cogens*, non seulement l'État de nationalité mais tous les États avaient le droit et le devoir de protéger l'individu.

454. Une autre question soulevée dans le contexte de cet article était la mesure dans laquelle l'individu pouvait formuler lui-même ses prétentions et si le droit de protection diplomatique pouvait être exercé en même temps. Le moment précis auquel l'État devait exercer le droit de protection diplomatique et, s'il l'exerçait, la mesure dans laquelle l'individu demeurerait un protagoniste dans l'affaire étaient des questions qui méritaient d'être examinées plus avant. Selon le projet de convention de Harvard relatif à la responsabilité internationale des États en raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers, la priorité devait être donnée à la réclamation de l'État. Cela signifiait-il que la réclamation du national ne serait plus prise en compte, ou si elle l'était, qu'elle ne serait plus au centre du règlement du problème ? Encore une fois la relation entre les deux réclamations susceptibles d'être présentées en même temps n'apparaissait pas clairement.

455. D'autres membres de la Commission ont eu un point de vue moins sévère à l'égard de l'article 4. Selon eux, cet article revenait à dire qu'en cas de violation grave d'une obligation essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, un État ne pouvait pas rester inerte; en clair, si un génocide se commettait quelque part, ou si un État avait systématiquement recours à la torture ou à la discrimination raciale comme moyen de gouvernement, les autres États ne pouvaient pas rester sans rien faire. Mais là encore cette question ne relevait pas de la protection diplomatique. Il s'agissait d'un problème beaucoup plus général, que les membres de la Commission connaissaient bien, puisque c'était celui des crimes internationaux de l'État. Dans cette hypothèse, les États avaient non seulement le droit, mais aussi le devoir d'agir, sans que le recours à la force soit justifié pour autant. Mais cela ne voulait pas dire que la protection diplomatique soit le moyen de cette action, parce que ce n'étaient pas les droits et les intérêts des seuls nationaux qu'il s'agissait d'endosser, mais ceux de la communauté internationale dans son ensemble. Cette question relevait non pas de la protection diplomatique mais du sujet, beaucoup plus vaste, de la responsabilité des États, et plus précisément de l'article 51 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté en première lecture.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

456. Le Rapporteur spécial a reconnu qu'il avait proposé l'article 4 *de lege ferenda*. Comme il l'avait déjà indiqué, cette proposition bénéficiait du soutien d'un certain nombre d'auteurs, ainsi

que de membres de la Sixième Commission et de l'Association de droit international; elle était même inscrite dans des constitutions. Il s'agissait donc d'une tentative de développement progressif du droit international. Mais, de l'avis général, la question n'était pas encore "mûre" pour être abordée par la Commission. La pratique des États, et surtout l'*opinio juris* devaient progresser avant que cette question puisse être examinée.

6. Article 5¹⁰⁶

a) Présentation par le Rapporteur spécial

457. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'article 5 s'articulait en substance autour du principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm*, à savoir la nécessité de l'existence d'un lien effectif entre l'État de nationalité et l'intéressé aux fins de l'exercice de la protection diplomatique. La question était de savoir si ce principe reflétait fidèlement le droit coutumier et s'il devait être ou non codifié. L'affaire *Nottebohm* était considérée comme le fondement de l'opinion selon laquelle il devait y avoir un lien effectif entre l'individu et l'État de nationalité, non seulement en cas de double nationalité ou de pluralité de nationalités, mais aussi lorsque le national ne possédait qu'une seule nationalité. Deux éléments cependant semblaient limiter l'impact de la décision rendue en l'espèce, qui en faisaient une décision atypique. Premièrement, des soupçons pesaient sur la régularité de l'octroi par le Liechtenstein de sa nationalité à M. Nottebohm au regard de son droit interne. Deuxièmement, Nottebohm avait assurément des liens plus étroits avec le Guatemala qu'avec le Liechtenstein. Aussi, le Rapporteur spécial croyait-il que, dans cette affaire, la Cour internationale de Justice n'entendait pas se prononcer sur le statut de la nationalité liechtensteinoise de l'intéressé vis-à-vis de tous les États : elle avait pris soin de limiter son arrêt au droit du Liechtenstein d'exercer sa protection diplomatique au profit de Nottebohm vis-à-vis du Guatemala, et avait donc laissé sans réponse la question de savoir si le Liechtenstein aurait pu protéger Nottebohm contre un autre État que le Guatemala.

458. S'agissant de l'application du principe, peu de renseignements sur la pratique des États étaient disponibles, et les auteurs étaient divisés. L'acceptation du principe restreindrait considérablement le champ d'application de la protection diplomatique car, dans le monde moderne, les migrations et la mondialisation faisaient que beaucoup de personnes qui possédaient la nationalité d'un État par naissance ou ascendance n'avaient aucun lien effectif avec cet État. C'est pourquoi le Rapporteur spécial pensait que le principe du lien effectif ne devait pas être appliqué strictement et qu'il ne fallait pas en tirer une règle générale. L'article 5

¹⁰⁶ L'article 5 était libellé comme suit :

Article 5

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

Ibid., p. 27.

qu'il proposait disposait donc qu'"aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'État de la nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi". Il s'appuyait sur deux principes fondamentaux qui régissent le droit de la nationalité. Premièrement, le droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique reposait sur l'existence d'un lien de nationalité entre lui et l'intéressé; deuxièmement, il appartenait à chaque État de déterminer par sa législation qui étaient ses ressortissants. L'article tenait compte d'autre part du fait que ce droit, loin d'être absolu, était relatif, ainsi qu'en témoignaient la doctrine, la jurisprudence, la coutume internationale et les principes généraux du droit (par. 95 à 105 du rapport). Par exemple, la naissance et l'ascendance étaient réputées être des facteurs de rattachement satisfaisants pour l'octroi de la nationalité et pour la reconnaissance de celle-ci aux fins de la protection diplomatique. Il en allait de même, en principe, pour l'octroi de la nationalité par naturalisation – qu'il fût de plein droit par détermination de la loi en cas de mariage ou d'adoption, ou qu'il fût suite à une demande de l'intéressé une fois satisfaite la condition de résidence. En revanche, le droit international ne reconnaissait pas une naturalisation frauduleusement acquise, ou une naturalisation conférée de manière discriminatoire, ou encore une naturalisation conférée en l'absence de tout lien entre l'État de nationalité et l'intéressé. Dans ce dernier cas, il y aurait abus de droit de la part de l'État conférant sa nationalité, la naturalisation étant ainsi viciée par la mauvaise foi. On présumait néanmoins que l'État était de bonne foi, celui-ci disposant d'une marge d'appréciation lorsqu'il décidait des liens qu'il jugeait nécessaires pour octroyer sa nationalité.

b) Résumé du débat

459. Il a été dit que le rapport contenait une quantité d'informations très utiles, notamment sur la jurisprudence pertinente, y compris les décisions rendues par des juridictions spécialisées comme le Tribunal des réclamations irano-américain ou la Commission d'indemnisation des Nations Unies. Cependant, l'article 5, qui fondait le droit de protection diplomatique sur la nationalité, ne tenait pas compte de certaines réalités sociales et politiques. Par exemple, dans de nombreuses sociétés traditionnelles, il n'existait pas d'enregistrement des naissances et, dans ces sociétés, de très nombreuses personnes encore illettrées auraient été bien en peine de prouver leur nationalité. Il y avait aussi le cas des victimes de la guerre ou des réfugiés qui passaient les frontières dans l'urgence et généralement sans papiers et qui pouvaient tout au plus dire d'où ils venaient. Il était évident que, pour toutes ces personnes, réclamer des preuves (et en particulier des preuves documentaires) de leur nationalité n'avait guère de sens. Dans cette optique, le principe de la "nationalité effective" pouvait présenter un intérêt en offrant une base pour établir la nationalité lorsqu'il n'en existait aucune autre. Mais la position du Rapporteur spécial à cet égard ne semblait pas très claire. Après avoir montré une grande circonspection et affirmé dans le commentaire de l'article 5 (par. 117 du rapport) que "le critère de lien effectif proposé dans l'affaire *Nottebohm* érode sérieusement la doctrine classique de la protection diplomatique si on l'applique strictement, car il exclurait littéralement des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique", il revenait à ce principe dans le commentaire des articles 6 et 8 en lui attribuant un rôle considérable et, cette fois, positif. Dans la pratique des États, il était constamment fait référence à la résidence – et non à la nationalité – comme lien de rattachement à prendre en considération pour le règlement de différends. Dans le monde réel, la résidence

offrait une base à la protection diplomatique lorsqu'il était impossible d'établir une telle base par des preuves documentaires normales.

460. Certains membres ont soutenu avec insistance que le droit de protection diplomatique ne devrait pas être trop étroitement lié à la nationalité. Il était de plus en plus fréquent à l'époque actuelle que des nationaux établissent leur résidence à l'étranger. Le lieu de résidence créait donc avec l'État hôte un lien tout aussi effectif que la nationalité. Même si c'était faire un pas au-delà de la doctrine traditionnelle, il y avait là une donnée de la vie moderne dont la Commission devait tenir compte. Dans l'étude des articles 5 à 8, la résidence ne devait pas être considérée comme un simple élément accessoire, mais comme un véritable facteur de rattachement.

461. L'avis a aussi été exprimé, toutefois, qu'il ne fallait pas, comme l'avaient dit certains membres, accorder trop d'importance à la "résidence habituelle", sinon la question se poserait de savoir si le fait qu'une personne résidait habituellement dans un État donnait à cet État le droit d'exercer la protection diplomatique même quand la personne en question possédait une autre nationalité *jure soli* ou *jure sanguinis* ou par naturalisation de bonne foi. La situation était différente quand la personne concernée était apatride ou réfugiée, cas qui était traité à l'article 8. L'autre question qui se poserait était celle de savoir si un État dont une personne physique avait acquis la nationalité *jure soli*, *jure sanguinis* ou par naturalisation perdait le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne si elle résidait habituellement dans un autre pays. Selon les membres soutenant ce point de vue, il fallait répondre à ces questions par la négative, sinon la résidence habituelle deviendrait l'ennemi naturel de la protection diplomatique.

462. On a fait observer que la nationalité était un élément pertinent pour l'étude du sujet, mais n'était pas au centre de celui-ci. L'article 5 ne visait pas à couvrir l'ensemble des règles du droit international concernant la nationalité : il offrait une base sur laquelle un État pourrait contester l'octroi par un autre État de sa nationalité à un individu. Le Rapporteur spécial avait relevé avec raison combien les États étaient sensibles à toute insinuation d'irrégularité dans l'exercice de ce qu'ils considéraient comme leur prérogative souveraine : l'octroi de la nationalité à des individus. Il était donc souhaitable de suivre la ligne de conduite prudente adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm* et de partir du principe que les États étaient libres d'accorder leur nationalité à des individus. La question de savoir si un individu donné avait ou n'avait pas la nationalité d'un certain État relevait de l'application de la législation de cet État et il valait donc mieux laisser à celui-ci le soin d'en décider. Si l'on suivait l'arrêt *Nottebohm*, l'approche à adopter à l'égard de la condition de nationalité était de permettre à d'autres États, s'ils le souhaitaient, de contester l'existence d'un lien effectif entre un État et son national. On a relevé que le Rapporteur spécial avait fait observer avec raison qu'il existait peu d'exemples, dans la pratique des États, de contestation du caractère effectif de la nationalité. Mais on trouvait encore moins d'exemples de cas où un État ait contesté la façon dont la nationalité avait été accordée par un autre État. Le nombre de cas illustrant l'une ou l'autre approche n'était pas d'une importance décisive : ce qu'il fallait, c'était vérifier si les États auxquels une réclamation était présentée s'estimaient en droit d'opposer le défaut d'effectivité de la nationalité.

463. Si la Commission conservait le critère du lien effectif, elle devrait introduire certaines restrictions pour le rendre applicable dans la pratique. Elle devrait examiner si le défaut d'effectivité de la nationalité d'un individu pouvait être invoqué par n'importe quel autre État

pour contester celle-ci, ou si seul l'État qui avait les liens les plus importants avec l'intéressé pouvait faire valoir l'absence de lien effectif avec l'État requérant. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, qui concernait une entreprise et non un individu, la Cour internationale de Justice ne s'en était pas moins référée au critère établi dans l'arrêt *Nottebohm*. Sans approuver ce critère, la Cour avait examiné s'il s'appliquait à l'égard du Canada et avait conclu qu'il existait entre la Barcelona Traction et le Canada des liens suffisants. En revanche, elle n'avait pas comparé ces liens avec ceux que l'entreprise avait avec l'Espagne, où opéraient ses filiales, ou avec la Belgique, dont la majorité des actionnaires étaient ressortissants. La protection diplomatique reposait sur l'idée que l'État de la nationalité était spécialement atteint par le dommage causé ou susceptible d'être causé à un individu. Ce n'était pas une institution conçue pour permettre à des États de présenter des réclamations au nom d'individus en général, mais au nom de leurs propres nationaux. Un État pouvait, s'il le souhaitait, opposer à cette réclamation l'existence d'un lien authentique entre l'individu et un État autre que l'État de nationalité, qu'un tel lien plus fort existât ou non avec lui-même. En l'absence de lien authentique, l'État de la nationalité n'était pas spécialement atteint.

464. Il a été dit que l'article 5 était très proche de l'article 3 et donnait une définition du national, plutôt que de l'État de nationalité. Les critères d'octroi de la nationalité qu'il énonçait - naissance, ascendance, naturalisation - étaient pertinents et généralement admis. Une seule de ces circonstances suffisait pour considérer qu'il existait un lien effectif entre l'État de la nationalité et son national, même si ce dernier résidait habituellement dans un autre État. À propos de la résidence habituelle, on a fait remarquer que certains auteurs établissaient une distinction entre naturalisation involontaire et naturalisation volontaire, selon que la nationalité était acquise par adoption, légitimation, reconnaissance, mariage ou quelque autre moyen. La naturalisation elle-même, fût-elle limitée comme elle l'était par le Rapporteur spécial à la naturalisation de bonne foi, demeurait une notion très large, qui revêtait des formes différentes fondées sur différents motifs. Parmi ceux-ci, la résidence habituelle jouait souvent un rôle important, quoique généralement en association avec d'autres facteurs de rattachement.

465. Le critère de la "bonne foi", cependant, a été considéré par certains membres comme subjectif et par conséquent difficile à appliquer. On a fait observer que la condition de bonne foi ferait peser sur l'État défendeur la charge de prouver la mauvaise foi, ce qui serait injuste. Mieux valait parler de "naturalisation valide", comme dans l'affaire *Flegenheimer*. Il a été suggéré d'autre part de rendre l'article plus concis en supprimant les mots "par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi". D'autres membres étaient partisans de conserver ces mots, en ajoutant, à propos de la naturalisation, "conformément au droit international". Cela a été jugé inacceptable par certains membres au motif que toute référence aux modes d'octroi de la nationalité tend à remettre en question le pouvoir discrétionnaire qu'avait l'État d'accorder sa nationalité conformément à ses propres lois.

466. Il a été déclaré en outre que, par opposition à l'article premier, l'énumération à l'article 5 des conditions d'acquisition de la nationalité donnait l'impression que le droit des États d'accorder leur nationalité se trouvait remis en cause et qu'un État n'était pas fondé à conférer la nationalité sur la base de motifs qui ne seraient pas invoqués de bonne foi. Mais la question qui était en jeu, a-t-on souligné, était plutôt celle de l'opposabilité que de la nationalité. Vue sous cet angle, la question de la nationalité acquise de bonne foi, l'affaire *Nottebohm* et d'autres questions

prenaient tout leur sens. L'affaire *Nottebohm* ne concernait pas le droit d'un État d'accorder sa nationalité, mais le droit du Liechtenstein de réclamer contre le Guatemala. Ainsi, selon ce point de vue, les paragraphes 97, 98, 101 et 102 du rapport du Rapporteur spécial devaient être considérés dans l'optique de l'opposabilité et non dans celle du droit d'un État d'accorder sa nationalité, droit qui était pratiquement absolu. La conclusion à laquelle parvenait le Rapporteur spécial au paragraphe 120 de son rapport devait donc être modifiée en conséquence.

467. On a aussi jugé excessive l'affirmation faite au paragraphe 117 du rapport que l'exigence d'un lien effectif proposée dans l'affaire *Nottebohm* érode sérieusement la doctrine classique de la protection diplomatique. Au contraire, dès l'instant où un individu avait la nationalité d'un État, sur la base d'un des critères énoncés, cet État avait la possibilité d'exercer la protection diplomatique. D'autre part, l'observation, au paragraphe 104 du rapport du Rapporteur spécial, que la nationalité n'est pas reconnue dans le cas de naturalisation forcée, bien que pertinente, ne semblait pas tenir compte de la succession d'États, institution qui conférait à l'État successeur le droit d'attribuer sa nationalité massivement et par l'effet de la loi, notamment aux personnes qui possédaient la nationalité de l'État prédécesseur et qui résidaient habituellement sur le territoire de l'État objet de la succession. C'était là une exception importante et reconnue par le droit international à la règle de la naturalisation volontaire.

468. Certains membres de la Commission ont été d'avis qu'il était difficile d'examiner l'article 5 sans évoquer la question du déni de justice et celle de l'épuisement des voies de recours internes. Pour pouvoir imputer un préjudice à un État, il fallait qu'il y ait déni de justice, c'est-à-dire qu'il n'y ait plus d'autre possibilité d'obtenir réparation ou satisfaction de l'État auquel le fait était imputable. Une fois épuisées toutes les voies de recours administratives et judiciaires internes, et si le préjudice causé par la violation de l'obligation internationale n'était pas réparé, la procédure de protection diplomatique pouvait être engagée.

469. L'avis a été émis qu'il était préférable que le projet d'articles vise uniquement le traitement des personnes physiques. Il convenait d'exclure du champ de l'étude les personnes morales, en raison de la difficulté évidente qu'il y aurait à déterminer leur nationalité, laquelle pourrait être celle de l'État où la personne morale avait son siège ou de l'État d'enregistrement, celle des actionnaires ou peut-être même celle du centre principal de décision.

470. D'autres membres de la Commission, en revanche, n'étaient pas d'avis d'inclure dans le texte le déni de justice, car ce serait là s'occuper de règles primaires et la Commission avait déjà décidé de limiter l'étude du sujet aux règles secondaires. Sur le point de savoir si le champ de l'étude devait être limité aux personnes physiques, certains membres de la Commission ont été d'avis qu'il ne fallait à ce stade exclure aucune option; compte tenu de l'expansion du commerce international, les nationaux ayant besoin de la protection diplomatique seraient des actionnaires de sociétés.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

471. Le Rapporteur spécial a déclaré que, comme de nombreux membres de la Commission l'avaient souligné, le sujet à l'étude était la protection diplomatique, non l'acquisition de la nationalité. L'article 5 ne reflétait peut-être pas assez clairement cette distinction. La vraie question était celle de savoir si l'État de la nationalité perdait le droit de protéger un individu

si celui-ci résidait habituellement sur le territoire d'un autre État. Ce qui était en jeu, ce n'étaient pas tant les circonstances dans lesquelles un État pouvait accorder sa nationalité, mais bien le droit d'un État de protéger un national. La question de l'opposabilité de la nationalité entrainait en jeu, et il fallait remanier l'article pour en tenir compte. Le Rapporteur spécial était d'accord pour modifier la rédaction de l'article 5 en supprimant les mentions relatives à la naissance, à l'ascendance et à la naturalisation. L'emploi de l'expression "de mauvaise foi" avait soulevé des objections : il s'agissait, là aussi, d'une question de rédaction. Ainsi, même s'il avait été présenté de nombreuses suggestions sur la manière d'améliorer l'article 5, personne n'avait remis en cause la nécessité d'une telle disposition. Quant à la question de l'épuisement des voies de recours internes, le Rapporteur spécial était favorable à l'idée d'en traiter dans le cadre des travaux sur la protection diplomatique, même si elle était aussi examinée à propos de la responsabilité des États.

7. Article 6¹⁰⁷

a) Présentation par le Rapporteur spécial

472. L'article 6 visait l'institution de la dualité ou de la pluralité de nationalités, phénomène qui était un fait de la vie internationale, même si tous les États ne la reconnaissaient pas. La question était de savoir si un État de nationalité pouvait exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité en faveur d'un national possédant deux ou plusieurs nationalités. Cette question était envisagée différemment selon qu'il s'agissait des efforts de codification, de la pratique des États, de la jurisprudence ou de la doctrine, tels qu'ils étaient exposés dans le rapport (par. 122 à 159), mais les sources les plus récentes semblaient aller dans le sens de la règle préconisée à l'article 6 : sous certaines réserves, un État de nationalité pouvait exercer sa protection diplomatique en faveur d'un national ayant subi un préjudice contre un autre État dont l'intéressé était également le national, lorsque la nationalité dominante de l'intéressé était celle du premier État. Le critère de la nationalité dominante ou effective était important et les tribunaux devaient apprécier avec soin si l'intéressé avait des liens plus étroits avec un État qu'avec un autre.

¹⁰⁷ L'article 6 était libellé comme suit :

Article 6

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

Ibid., p. 33.

b) Résumé du débat

473. Différents points de vue ont été exprimés au sujet de l'article 6. Certains membres se sont déclarés favorables au principe de cet article et à l'inclusion d'une mention visant la nationalité "dominante et effective". D'autres éprouvaient des difficultés à l'égard de la proposition centrale de l'article. D'autres membres encore sont intervenus à propos d'aspects particuliers de la formulation de l'article.

474. Certains membres ont déclaré que, nonobstant la règle classique de la non-responsabilité de l'État à l'égard de ses propres nationaux, l'article 6 devait être retenu, pour les raisons qu'indiquait le Rapporteur spécial dans son rapport. Même si, comme il le faisait observer dans le paragraphe 153, la détermination de la nationalité effective ou dominante pouvait poser des problèmes, elle n'en était pas moins possible. Entre deux États de nationalité, l'État demandeur l'emporterait en pratique si la balance des nationalités penchait de façon manifeste en sa faveur. En cas de doute sur l'existence d'une nationalité effective ou dominante, entre celle de l'État demandeur et celle de l'État défendeur, il fallait trancher en faveur de l'État défendeur.

475. Les membres favorables à l'article 6 ont noté que, dans la jurisprudence, les critères de la nationalité "dominante" et de la nationalité "effective" semblaient être considérés comme interchangeables. Une certaine préférence a été exprimée en faveur de la notion de "nationalité dominante", qui supposait que l'un des deux liens de nationalité était plus fort que l'autre. L'expression "nationalité effective", en revanche, pouvait laisser penser qu'aucun des liens de nationalité ne suffisait à asseoir le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique. Dans le cas d'une personne ayant une double nationalité, par exemple, on pourrait soutenir que ni l'un ni l'autre des deux liens de nationalité n'était effectif. Il s'en suivrait alors qu'aucun des deux États ne pourrait exercer sa protection diplomatique. Le Rapporteur spécial s'est associé aux membres qui préféraient le mot "dominant" à celui d'"effectif" car il s'agissait de comparer les liens qu'un individu avait respectivement avec un État et avec un autre. Cependant, il ne souscrivait pas entièrement aux raisons indiquées pour justifier cette préférence; en effet, la nationalité acquise par la naissance pouvait très bien être une nationalité effective : tout dépendait de l'extension que l'on donnerait à la définition du mot "effectif".

476. D'autres membres étaient partisans de la règle de la non-responsabilité de l'État à l'égard de ses propres nationaux et ont avancé plusieurs arguments en sa faveur. L'accent a été mis en particulier sur l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité qui allait à l'encontre de cette façon de voir, puisqu'il disposait : "Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national". Il n'était pas légitime qu'un double national bénéficie d'une protection à l'encontre d'un État auquel il devait loyauté et fidélité.

477. Ces membres ont reconnu qu'en même temps que le principe de la nationalité dominante ou effective voyait le jour, l'approche de la question de l'exercice de la protection diplomatique au profit de personnes ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités avait considérablement évolué. Le Rapporteur spécial donnait beaucoup d'exemples, principalement des décisions judiciaires, allant de l'affaire *Nottebohm* à la jurisprudence du Tribunal des réclamations irano-américain, d'application du principe de la nationalité dominante ou effective

dans des cas de double nationalité. Il en concluait au paragraphe 160 de son rapport que "le principe contenu à l'article 6 rend correctement compte de l'état actuel du droit international coutumier et est conforme à l'évolution du droit international relatif aux droits de l'homme, qui accorde une protection juridique même à l'encontre de l'État dont les intéressés sont ressortissants". La situation cependant n'était pas aussi simple. Comme le Rapporteur spécial l'admettait lui-même au paragraphe 146 de son rapport, les juristes étaient divisés sur l'applicabilité du principe de la nationalité dominante. Il a été dit que, même si la pluralité de nationalité était désormais mieux tolérée par les États que 30 ou 50 ans plus tôt, beaucoup d'États consacraient néanmoins dans leur droit interne la règle exprimée à l'article 3 de la Convention de La Haye de 1930, à savoir qu'"un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant". Malgré l'affaire *Nottebohm*, qui continuait à être perçue comme la référence de base, le principe de l'égalité souveraine des États bénéficiait toujours d'un fort soutien. Dans les cas où la double nationalité était bien établie, l'application sans discernement du principe de la nationalité dominante ou effective pourrait avoir des conséquences absurdes et risquerait de saper la souveraineté des États. En outre, la double nationalité conférait à ses titulaires un certain nombre d'avantages et l'on ne voyait pas pourquoi ils ne devraient pas aussi être exposés à certains inconvénients.

478. On a souligné que le principe de la nationalité dominante ou effective avait sa place dans les cas de double nationalité lorsque la protection diplomatique était exercée par l'un des États dont l'intéressé avait la nationalité à l'encontre d'un État tiers. En revanche, lorsqu'il s'agissait d'appliquer ce principe contre l'autre État dont l'intéressé avait aussi la nationalité, la codification d'une telle règle n'était pas encore suffisamment justifiée par l'état du droit international coutumier. Si, par ailleurs, on envisageait l'article 6 dans l'optique du développement progressif du droit international, le principal critère, déterminant la possibilité pour un État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité ne devait pas être le caractère dominant de la nationalité de l'État demandeur, mais plutôt l'absence de lien authentique et effectif entre l'intéressé et l'État défendeur.

479. Les partisans de l'article 6 ont réaffirmé que celui-ci reflétait la tendance actuelle du droit international et rejeté l'argument selon lequel les doubles nationaux devaient être désavantagés sur le plan de la protection diplomatique en raison des avantages qu'ils pourraient tirer de leur double nationalité.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

480. Le Rapporteur spécial a admis que l'article 6 présentait de grandes difficultés et avait suscité des opinions nettement partagées. Il a reconnu qu'il serait plus approprié de le placer après l'article 7. À la différence de certains membres, il ne considérait pas que cet article marquait un développement progressif du droit international. Deux points de vues existaient, tous deux fondés sur de solides arguments, et il appartenait à la Commission de choisir entre des principes concurrents. Le Rapporteur spécial a souligné que beaucoup d'États n'autorisaient pas leurs nationaux à renoncer à leur nationalité ou à la perdre. Il pouvait arriver qu'une personne ayant renoncé à tous ses liens avec l'État de nationalité et acquis la nationalité d'un autre État reste cependant liée formellement par un lien de nationalité avec l'État d'origine. Cela signifierait que si l'intéressé se trouvait lésé par l'État d'origine, le second État de nationalité ne pourrait

le faire bénéficier de sa protection. De toute évidence, le projet devait comporter une disposition couvrant la matière contenue dans l'article 6.

8. Article 7¹⁰⁸

a) Présentation par le Rapporteur spécial

481. Le Rapporteur spécial a déclaré que l'article 7, qui avait pour objet l'exercice de la protection diplomatique en faveur de personnes ayant une double ou une multiple nationalité contre des États tiers, c'est-à-dire des États dont l'intéressé n'avait pas la nationalité, prévoyait que n'importe quel État de nationalité pouvait exercer sa protection diplomatique sans avoir à administrer la preuve de l'existence d'un lien effectif entre lui-même et l'intéressé. Il s'agissait, sur fond d'opinions divergentes, d'une règle de compromis, étayée par la jurisprudence du Tribunal des réclamations irano-américain et de la Commission d'indemnisation des Nations Unies.

b) Résumé du débat

482. De nombreux membres se sont déclarés favorables au principe de l'article 7. L'avis a été exprimé que le paragraphe 1 de cet article ne faisait que refléter le contenu de l'article 5, sans rien y ajouter. Un appui s'est exprimé en faveur de l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle il n'y avait pas lieu d'appliquer le principe de la nationalité effective ou dominante dans les cas où un des États de nationalité cherchait à protéger un double national contre un autre État dont l'intéressé n'avait pas la nationalité. A de même bénéficié d'un appui la proposition figurant au paragraphe 170 du rapport du Rapporteur spécial selon laquelle la meilleure façon de résoudre les divergences relatives à la condition du lien effectif dans les cas de double nationalité impliquant des États tiers était d'exiger seulement de l'État demandeur qu'il démontre l'existence d'un lien de nationalité constitué de bonne foi entre lui et la personne lésée.

483. On s'est cependant inquiété de voir que le Rapporteur spécial semblait rejeter le principe de la nationalité dominante ou effective qu'il avait cherché à appliquer dans l'article 6. Au paragraphe 173 de son rapport, le Rapporteur spécial reconnaissait que l'État défendeur avait le droit de soulever une exception lorsque la nationalité de l'État demandeur avait été acquise de mauvaise foi. Pour l'intervenant, ce lien de la nationalité acquise de bonne foi ne

¹⁰⁸ L'article 7 était libellé comme suit :

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

Ibid., p. 43.

pouvait supplanter entièrement le principe de la nationalité dominante ou effective tel qu'il était formulé à l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930 et confirmé par la jurisprudence ultérieure, notamment l'arrêt *Nottebohm*. Bien entendu, la question se posait de savoir s'il fallait donner à la notion de bonne foi une interprétation large ou restrictive dans le contexte de l'article à l'examen. Le Rapporteur spécial, toutefois, semblait avoir adopté une approche purement formelle de la nationalité, sans se préoccuper de l'existence d'un lien effectif entre la personne concernée et les États en cause. Sur ce point, selon l'intervenant, si l'on pouvait laisser de côté le principe de la nationalité dominante, il faudrait néanmoins insérer à l'article 7 une disposition de sauvegarde empêchant que cet article puisse être utilisé par un État pour exercer sa protection diplomatique au profit d'une personne ayant plusieurs nationalités, en l'absence de lien effectif avec cette personne.

484. À propos du paragraphe 2, l'idée d'un exercice conjoint de la protection diplomatique par deux ou plusieurs États de nationalité a été jugée acceptable. Néanmoins, il faudrait prévoir dans l'article 7 ou dans le commentaire l'éventualité où deux États de nationalité exerceraient leur protection diplomatique simultanément mais séparément contre un État tiers au profit d'un binational. En pareil cas, l'État tiers devrait pouvoir exiger l'application du principe de la nationalité dominante pour dénier à l'un des États demandeurs le droit de protection diplomatique. Des difficultés pourraient également surgir au cas où l'un des États de nationalité renoncerait à son droit d'exercer la protection diplomatique ou se déclarerait satisfait par la réponse apportée par l'État défendeur, tandis que l'autre État de nationalité maintiendrait sa réclamation.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

485. Le Rapporteur spécial a noté que l'article 7 bénéficiait d'un large appui; d'utiles suggestions de rédaction avaient été faites et le principe énoncé dans l'article n'avait pas été sérieusement mis en question.

9. Article 8¹⁰⁹

a) Présentation par le Rapporteur spécial

486. Le Rapporteur spécial a déclaré que la règle énoncée à l'article 8, qui visait l'exercice de la protection diplomatique à l'égard des apatrides et des réfugiés, relevait du développement progressif du droit international. Elle s'écarterait nettement de la position traditionnelle illustrée

¹⁰⁹ L'article 8 proposé par le Rapporteur spécial était libellé comme suit :

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

A/CN.4/506, p. 45.

par l'affaire *Dickson Car Wheel Company c. United Mexican States*¹¹⁰. Il existait plusieurs conventions sur les apatrides et les réfugiés, élaborées en particulier depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, mais aucune n'abordait la question de leur protection diplomatique. Beaucoup d'auteurs considéraient qu'il y avait là une lacune qu'il convenait de combler, car il fallait qu'un État ou un autre fût en mesure d'exercer sa protection à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié. Cet État devrait être l'État de résidence, étant donné que la résidence était un aspect important de la relation d'un individu avec l'État, comme le montrait la jurisprudence du Tribunal des réclamations irano-américain. Restait à savoir si la Commission était prête à s'engager sur cette voie.

b) Résumé du débat

487. Il a été généralement admis que l'article 8 ressortissait au développement progressif du droit international. Un tel développement du droit international, toutefois, était justifié dans le droit international contemporain, qui ne pouvait être indifférent au sort des réfugiés et des apatrides. L'article 8 était une réaffirmation du rôle de l'institution de la protection diplomatique, à savoir contribuer à la réalisation d'un objectif fondamental du droit international, celui d'une coexistence civilisée fondée sur la justice, et montrait de manière exemplaire comment la Commission pouvait, le moment venu et dans un domaine approprié, s'acquitter d'une de ses fonctions majeures, développer progressivement le droit international. Le problème de la protection des apatrides et des réfugiés était des plus pertinents car les personnes entrant dans ces catégories se comptaient, dans le monde, par millions. On a émis l'avis qu'il fallait, dans certaines circonstances particulières, prendre en compte d'autres critères que la nationalité et que le cas des réfugiés et des apatrides méritait certainement un examen attentif. Il fallait voir si l'on pouvait établir un parallèle avec la nationalité lorsque la résidence habituelle était en cause.

488. Certains membres, toutefois, ont mis en doute la validité de l'article 8. Selon eux, même si les conventions relatives aux droits de l'homme offraient aux apatrides et aux réfugiés une certaine protection, la plupart des États de résidence n'entendaient pas étendre à ces deux groupes leur protection diplomatique. Un certain nombre de décisions judiciaires avaient fait ressortir qu'un État ne pouvait commettre un fait internationalement illicite à l'encontre d'une personne apatride et que, par conséquent, aucun État n'était habilité à intervenir ou introduire une réclamation au nom d'une telle personne. La Convention de 1951 relative au statut des réfugiés indiquait clairement que la délivrance de documents de voyage ne conférait à leur titulaire aucun droit à la protection des autorités diplomatiques ou consulaires du pays de délivrance, pas plus qu'elle ne conférait à ces autorités le droit d'exercer leur protection. La Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie était muette sur la question de la protection. En dépit des développements intervenus dans les années récentes en matière de protection des réfugiés et des apatrides, il était encore prématuré, semblait-il, de s'occuper de la question de la protection diplomatique de ces deux catégories de personnes.

¹¹⁰ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 669.

489. Certains membres se sont inquiétés à l'idée que la protection diplomatique prévue à l'article 8 puisse être considérée comme un droit de l'individu vis-à-vis de l'État habilité à lui accorder cette protection, ce qui ferait peser une charge supplémentaire sur les États d'asile ou les États accueillant des réfugiés et des apatrides. Dans le domaine de la protection des réfugiés, le mieux pouvait être l'ennemi du bien. Si les États en arrivaient à penser qu'accorder le statut de réfugié était le premier pas vers l'octroi de la nationalité, et que tout exercice de la protection diplomatique revenait en fait à déclarer à l'individu concerné que l'octroi du statut de réfugié entraînait celui de la nationalité, il y aurait là un autre facteur de nature à les dissuader d'accorder le statut de réfugié. Le statut de réfugié au sens classique du terme était une arme extrêmement importante dans la protection des individus contre la persécution ou la crainte fondée de persécution. Si la Commission chargeait trop la barque, les graves difficultés que l'on éprouvait déjà à maintenir le système classique ne feraient que s'exacerber. Mais si la protection diplomatique était conçue comme une initiative laissée à la discrétion de l'État, et non comme un droit de l'individu, l'article, moyennant une modification relative aux conditions auxquelles cette protection pourrait être exercée, serait plus acceptable pour ces membres. Certains membres, tout en sympathisant avec ceux qui avaient exprimé la crainte que la faculté offerte aux États d'accueil ne devienne en fait une charge, ont néanmoins estimé que les États de résidence ne devaient pas se voir refuser le droit d'exercer leur protection diplomatique au profit des apatrides ou des réfugiés se trouvant sur leur territoire. Peut-être n'exerceraient-ils pas ce droit très souvent, mais il ne saurait leur être dénié. Sous réserve de scinder l'article 8 en deux dispositions distinctes traitant, respectivement, des apatrides et des réfugiés, ces membres étaient partisans de conserver le texte du Rapporteur spécial.

490. Un orateur a souligné que lorsqu'un État hôte se sentait contraint, pour des raisons d'ordre moral ou pratique, de prendre fait et cause pour des personnes se trouvant sur son territoire vis-à-vis d'États tiers, il ne fallait pas voir dans cette initiative une obligation juridique mais un choix discrétionnaire. Ce membre s'est dit convaincu qu'à aucun moment le Rapporteur spécial n'avait voulu laisser entendre que l'octroi du statut de réfugié était l'avant-dernière étape du processus d'octroi d'un droit de nationalité. Un État pouvait, pour des raisons humanitaires, épouser certaines revendications de réfugiés, en mettant ceux-ci sur le même plan que leurs nationaux parce qu'il n'y avait personne d'autre pour défendre leur cause.

491. À propos de la résidence, certains membres ont estimé qu'il serait utile d'exiger une certaine durée de résidence dans le pays hôte avant que la personne réfugiée ou apatride puisse demander la protection diplomatique. D'autres membres, quant à eux, étaient plutôt favorables à l'exigence d'un "lien effectif".

492. Certains membres ont estimé que si la protection diplomatique ne devait pas s'exercer contre l'État de la nationalité du réfugié dans le cas de réclamations ayant trait à des faits antérieurs à l'octroi du statut de réfugié, il ne devait en revanche y avoir aucune hésitation quand il s'agissait de faits postérieurs à l'octroi de ce statut.

493. Des membres qui s'inquiétaient du fardeau que l'exercice de la protection diplomatique au profit des réfugiés risquait d'imposer à l'État hôte ont suggéré que le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés accorde une protection "fonctionnelle" aux réfugiés comme le faisaient les organisations internationales pour leur personnel.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

494. Le Rapporteur spécial a dit que l'article 8 était clairement une tentative de développement progressif du droit international et que les membres de la Commission s'étaient exprimés en sa faveur à une très forte majorité. Les objections qui avaient été soulevées n'étaient pas pleinement fondées. Premièrement, l'État hôte se réservait le droit d'exercer sa protection diplomatique et avait donc en la matière un pouvoir discrétionnaire. Deuxièmement, personne n'avait laissé entendre que l'État ayant offert l'asile à un individu pouvait tenter une action contre l'État d'origine. Ce point ressortait clairement des paragraphes 183 et 184 du rapport mais pourrait peut-être être précisé davantage dans l'article lui-même. Troisièmement, il était peu probable que cette disposition donne lieu à un usage abusif : les apatrides et les réfugiés résidant dans un État donné auraient sans doute peu d'occasions de se rendre à l'étranger, car l'État de résidence serait alors tenu de leur fournir des documents de voyage, ce qui était peu fréquent dans la pratique. Ce n'était que lorsqu'une personne utilisant de tels documents avait subi un préjudice dans un État tiers autre que l'État d'origine qu'il pouvait devenir nécessaire d'exercer la protection diplomatique. Plusieurs améliorations avaient été suggérées, notamment celle consistant à scinder l'article en deux parties, l'une consacrée aux apatrides et l'autre aux réfugiés.

10. Rapport sur les consultations officieuses

495. À sa 2624^{ème} séance, la Commission a constitué un groupe de consultation informel ouvert à tous les membres et présidé par le Rapporteur spécial, chargé de tenir des consultations officieuses sur les articles 1er, 3 et 6. Le rapport présenté à l'issue de ces consultations officieuses est reproduit ci-dessous :

A. Les discussions ont surtout porté sur l'article premier qui tend à décrire le champ d'application de l'étude.

1. Il a été convenu que l'article premier ne devrait pas comporter de référence au déni de justice et qu'il serait inutile de rédiger une disposition de fond sur ce sujet car il s'agit essentiellement d'une règle primaire. Par ailleurs, il a été convenu que le déni de justice devrait être mentionné comme un exemple de fait internationalement illicite dans le commentaire relatif à l'article premier. En outre, il a été souligné que des éléments de cette notion devraient être pris en considération dans la disposition concernant l'épuisement des recours internes.

2. Il a été convenu qu'il ne devrait pas y avoir de clause d'exclusion attachée à l'article premier. Par ailleurs, le commentaire devrait indiquer clairement que le projet d'articles ne traiterait pas des questions suivantes :

- a) La protection fonctionnelle accordée par des organisations internationales;
- b) La protection de diplomates, de consuls et d'autres agents des États agissant à titre officiel;
- c) Les immunités diplomatiques et consulaires;

d) La défense de l'intérêt d'un national qui ne s'inscrit pas dans le cadre d'une revendication d'un droit.

3. Il a été convenu que le projet d'articles tendrait – à ce stade – à viser la protection à la fois des personnes physiques et des personnes morales. En conséquence, l'article premier se référerait simplement aux "nationaux", terme assez large pour s'appliquer aux deux catégories de personnes. La protection des personnes morales soulève toutefois des problèmes particuliers et il est admis que la Commission voudra peut-être à une phase ultérieure réexaminer la possibilité d'inclure ou non la protection des personnes morales.

4. Il a été estimé que l'inclusion d'une référence aux procédures "pacifiques" à l'article premier pourrait dispenser de la nécessité de mentionner une interdiction expresse du recours à la force (voir ci-après l'article premier).

Il est recommandé que, compte tenu des discussions du groupe de discussion informel, les options suivantes concernant l'article premier soient examinées par le Comité de rédaction.

PREMIÈRE OPTION

1) On entend par protection diplomatique toute procédure engagée par un État vis-à-vis d'un autre État consistant en une action diplomatique ou une procédure judiciaire [ou d'autres moyens de règlement pacifique des différends ?] [dans les limites du droit international ?] à raison du préjudice causé à l'un des nationaux du premier État par un fait internationalement illicite imputable au deuxième État.

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

DEUXIÈME OPTION

La protection diplomatique est un processus par lequel un État reprend à son compte la réclamation de ses nationaux, etc., etc. [la suite est essentiellement la même que dans la première option].

TROISIÈME OPTION

1) La protection diplomatique est un processus consistant en une action diplomatique ou judiciaire [ou d'autres moyens de règlement pacifique des différends] par lequel un État fait valoir des droits au nom de ses nationaux au niveau international à raison du préjudice causé à l'un de ses nationaux par un fait internationalement illicite d'un autre État vis-à-vis de cet État.

B. L'article 3 n'a donné lieu qu'à très peu de débats. Il est donc recommandé que l'article suivant soit renvoyé au Comité de rédaction :

L'État de nationalité a le droit d'exercer [est habilité à exercer ?] la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux [ou de non-nationaux tels qu'ils sont définis à l'article 8] lésé par un fait internationalement illicite d'un autre État.

Il a été considéré qu'une réaffirmation du droit d'un État d'exercer la protection diplomatique pourrait être interprétée comme une approbation du pouvoir discrétionnaire absolu d'un État d'accorder ou de refuser sa protection à l'égard d'un de ses nationaux. Cela compromettrait les efforts en droit interne tendant à contraindre les États à exercer la protection diplomatique à l'égard de leurs nationaux. Cela explique le remplacement du mot "droit" par "habilité à".

C. L'article 6 a fait l'objet de consultations officieuses pour surmonter les divergences d'opinions au sein de la Commission concernant la question de savoir si l'État de nationalité dominante ou effective pourrait exercer la protection diplomatique vis-à-vis d'un autre État de nationalité. Le groupe de consultation informel a reconnu que les "sources se contredisent", mais a admis que l'article 6 était conforme aux tendances actuelles du droit international. Il a toutefois été convenu que le Comité de rédaction étudierait la possibilité d'inclure des garanties contre un abus du principe énoncé à l'article 6. Cela pourra être fait :

1. en accordant une plus grande importance à la restriction figurant au paragraphe 4 de l'article 9 dans la mesure où elle a des effets sur l'article 6;
2. en soulignant que le national ne devrait pas avoir de lien effectif avec l'État défendeur; et
3. en faisant figurer une définition des termes [nationalité] "dominante" ou "effective" dans une disposition distincte.

Il est recommandé que l'article 6 soit renvoyé au Comité de rédaction.

Article 6

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

Article 9 (4)

Le nouvel État de nationalité ne peut exercer sa protection diplomatique contre un État de nationalité antérieur à raison d'un dommage subi durant la période au cours de laquelle la personne ne possédait la nationalité que de ce dernier État.

D. Aucune objection n'a été soulevée à l'encontre du renvoi des articles 5, 7 et 8 au Comité de rédaction. Il est donc recommandé que les articles 1er, 3, 5, 6, 7 et 8 soient renvoyés au Comité de rédaction.

CHAPITRE VI

ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS

A. Introduction

496. Dans son rapport sur les travaux de sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission du droit international a proposé à l'Assemblée générale d'inscrire le droit des actes unilatéraux des États au nombre des sujets se prêtant à la codification et au développement progressif du droit international¹¹¹.

497. Au paragraphe 13 de sa résolution 51/160, l'Assemblée générale a, notamment, invité la Commission du droit international à examiner plus avant le sujet des "Actes unilatéraux des États" et à en indiquer la portée et le contenu.

498. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission a créé un groupe de travail sur ce sujet, qui a fait rapport à la Commission sur l'opportunité et la faisabilité d'une étude de ce sujet, sa portée et son contenu possibles, et sur un schéma pour l'étude du sujet. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail¹¹².

499. Toujours à sa quarante-neuvième session, la Commission a nommé M. Victor Rodriguez-Cedeño Rapporteur spécial pour le sujet¹¹³.

500. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son ordre du jour.

501. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹¹⁴ et l'a examiné. Au terme de son débat, la Commission a décidé de convoquer à nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

502. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur les questions touchant la portée du sujet, son optique, la définition de l'acte unilatéral et les travaux futurs du Rapporteur spécial. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail¹¹⁵.

¹¹¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément No 10 (A/51/10)*, p. 258 et 259 et 365 à 367.

¹¹² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément No 10 (A/52/10)*, par. 196 à 210 et 194.

¹¹³ *Ibid.*, par. 212 et 234.

¹¹⁴ A/CN.4/486.

503. Au paragraphe 3 de sa résolution 53/102, l'Assemblée générale a recommandé à la Commission du droit international de poursuivre ses travaux sur les sujets qui étaient inscrits à son programme de travail, en tenant compte des commentaires et observations des gouvernements, présentés par écrit ou formulés oralement lors des débats à l'Assemblée générale.

504. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹¹⁶ et l'a examiné. À l'issue du débat, la Commission a décidé de convoquer de nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

505. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur : a) les éléments fondamentaux d'une définition opératoire des actes unilatéraux comme point de départ de la poursuite des travaux sur le sujet et le recensement de la pratique des États en la matière; b) la formulation de principes directeurs généraux à suivre pour effectuer ce recensement; et c) la direction dans laquelle le Rapporteur spécial devrait poursuivre ses travaux. À propos du point b) ci-dessus, le Groupe de travail a élaboré les principes directeurs en vue de la mise au point d'un questionnaire que le Secrétariat devait adresser aux États en consultation avec le Rapporteur spécial pour leur demander des renseignements sur leur pratique en la matière et de faire connaître leur position sur certains aspects de l'étude du sujet entreprise par la Commission.

506. L'Assemblée générale, au paragraphe 4 de sa résolution 54/111, a invité les gouvernements à répondre par écrit, d'ici au 1er mars 2000, au questionnaire sur les actes unilatéraux des États que le Secrétariat avait fait tenir à tous les gouvernements le 30 septembre 1999 et, aux termes du paragraphe 6, elle a recommandé à la Commission de poursuivre ses travaux sur les sujets qui étaient inscrits à son programme de travail, en tenant compte des commentaires et observations des gouvernements, que ceux-ci aient été présentés par écrit ou aient été formulés oralement lors des débats à l'Assemblée générale.

B. Examen du sujet à la présente session

1. Documents dont la Commission était saisie et séances consacrées à l'examen du sujet

507. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet (A/CN.4/505). Elle était saisie également du rapport du Secrétaire général contenant le texte des réponses reçues au questionnaire mentionné aux paragraphes 505 et 506 ci-dessus (A/CN.4/511).

¹¹⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément No 10 (A/53/10)*, par. 192 à 201.

¹¹⁶ A/CN.4/500 et Add.1.

508. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial a analysé trois questions préliminaires, à savoir : celle de l'intérêt que présentait l'étude du sujet, celle du rapport entre le projet d'articles sur les actes unilatéraux et la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et celle de l'estoppel au regard des actes unilatéraux. Il a ensuite présenté une nouvelle version des articles 1 à 7 du projet d'articles qu'il avait soumis dans son deuxième rapport. Il a proposé un nouveau projet d'article premier, consacré à la définition de l'acte unilatéral, ainsi que la suppression du projet d'article premier précédent intitulé "Portée du présent projet d'articles", et s'est prononcé contre l'incorporation d'un projet d'article s'inspirant de l'article 3 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités; il a proposé un nouveau projet d'article 2, sur la capacité pour l'État de formuler des actes unilatéraux, un nouveau projet d'article 3 sur les personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État et un nouveau projet d'article 4 sur la confirmation ultérieure de l'acte accompli sans autorisation. Le Rapporteur spécial a proposé par ailleurs de supprimer l'ancien projet d'article 6 concernant l'expression du consentement, et, à cet égard, a examiné la question du silence en liaison avec les actes unilatéraux. Enfin, le Rapporteur spécial a proposé un nouveau projet d'article 5, sur la nullité de l'acte unilatéral.

509. La Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial à ses 2624^{ème}, 2628^{ème} à 2630^{ème} et 2633^{ème} séances, entre le 19 mai et le 7 juin 2000.

2. Présentation par le Rapporteur spécial de son troisième rapport

510. Le Rapporteur spécial a indiqué que son troisième rapport comprenait une introduction générale, dans laquelle il examinait la possibilité d'élaborer le projet d'articles en s'inspirant de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et évoquait les liens existant entre l'acte unilatéral et l'estoppel (ou forclusion), et une nouvelle version des articles 1 à 7 qui figuraient dans son deuxième rapport.

511. Malheureusement, au moment de l'élaboration du rapport, il n'avait encore reçu aucune réponse des gouvernements au questionnaire sur leur pratique en matière d'actes unilatéraux qui leur avait été envoyé en septembre 1999; mais certains d'entre eux avaient répondu depuis.

512. Le Rapporteur spécial a souligné que tous reconnaissaient la place importante que les actes unilatéraux occupaient dans les relations internationales, de même que la nécessité d'élaborer des règles précises pour en régler le fonctionnement. Toutefois, ce travail de codification et de développement progressif était rendu plus difficile par le fait que ces actes étaient de nature très variée, à tel point que plusieurs gouvernements avaient émis des doutes sur la possibilité d'édicter des règles qui leur seraient généralement applicables. Cet avis devait cependant être nuancé, car il devrait être possible de dégager des traits communs à tous ces actes et donc d'élaborer certaines règles valables pour tous.

513. S'agissant de la possibilité de s'inspirer de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, le Rapporteur spécial a rappelé que les membres de la Commission avaient émis à ce sujet des avis très partagés, voire contradictoires, lors des précédentes sessions. Pour éviter de rouvrir un débat sans fin sur cette question, il serait quant à lui partisan d'adopter une position intermédiaire : bien qu'une transposition pure et simple des articles de la Convention de Vienne aux actes unilatéraux ne fût évidemment pas envisageable, il n'était pas non plus possible

d'ignorer cette convention et ses travaux préparatoires. Les parties de la Convention de Vienne qui avaient trait entre autres à l'élaboration, à l'application, aux effets juridiques, à l'interprétation et à la durée de l'acte offraient incontestablement un modèle très utile même si les actes unilatéraux présentaient bien entendu des caractéristiques propres.

514. Le lien entre les actes unilatéraux et l'estoppel (ou forclusion) était par ailleurs tout à fait évident. Mais, ainsi que le Rapporteur spécial l'indiquait au paragraphe 27 de son rapport, "Il faut tenir compte [du fait] ... que les actes et comportements susceptibles de justifier l'estoppel ne visent pas précisément à créer une obligation juridique pour l'État qui s'en prévaut. En outre, l'élément caractéristique de l'estoppel ne réside pas dans le comportement de l'État, mais dans le fait qu'un autre État se fonde pour agir sur ce comportement.

515. Tenant compte des observations formulées tant par les membres de la Commission à la session précédente que par la Sixième Commission, le Rapporteur spécial s'était attaché à reformuler avec un soin tout particulier l'article premier (ancien article 2) consacré à la définition de l'acte unilatéral, cette définition étant très importante car elle était la pièce maîtresse de tout le projet d'articles. Il ne s'agissait pas tant de donner la signification d'un terme que de définir une catégorie d'actes afin de pouvoir circonscrire le sujet. Différents éléments étaient déterminants à cet égard : l'intention de l'État auteur, l'utilisation du terme "acte", les effets juridiques et la question de l'autonomie, ou plus exactement de la "non-dépendance" de ces actes. En effet, tous les actes unilatéraux – qu'il s'agisse de la protestation, de la renonciation, de la reconnaissance, de la promesse, des déclarations de guerre, etc. – avaient en commun d'être des manifestations unilatérales de volonté et d'être formulés par un État à l'intention d'un destinataire (un État, plusieurs États, la communauté internationale dans son ensemble ou une ou plusieurs organisations internationales), dans le but de produire certains effets juridiques. Toutefois, dans la pratique, le fait que les actes unilatéraux pouvaient se manifester sous diverses formes ne facilitait pas les choses : ainsi, par exemple, la protestation pouvait être – à l'instar de la promesse – formulée au moyen d'une déclaration écrite ou orale mais aussi au moyen de comportements que l'on pourrait appeler "concluants", comme la rupture ou la suspension des relations diplomatiques ou encore le rappel d'un ambassadeur. La question se posait de savoir si de tels actes constituaient véritablement des actes unilatéraux entrant dans le cadre du projet d'articles.

516. Le Rapporteur spécial a souligné que, cela étant, tous les actes unilatéraux renfermaient un élément fondamental, qui était celui de l'intention de l'État auteur de l'acte. C'était sur la base de celle-ci que l'on pouvait déterminer si un État entendait s'engager juridiquement ou politiquement sur le plan international. Si l'État n'entendait pas prendre un tel engagement, il n'y avait pas à proprement parler d'acte unilatéral.

517. Dans le nouveau projet d'article premier¹¹⁷, le terme "acte" avait été substitué au terme "déclaration" utilisé dans la version antérieure. Certes, c'était généralement au moyen d'une déclaration écrite ou verbale que les États exprimaient la renonciation, la protestation, la reconnaissance, la promesse, etc.; et il était apparu de prime abord que ce terme pouvait servir de dénominateur commun. Mais le Rapporteur spécial s'était finalement rangé à l'avis de ceux qui considéraient que cette approche était trop restrictive et que le mot "déclaration" pouvait ne pas s'appliquer à certains actes unilatéraux. Il avait donc choisi d'utiliser le mot "acte", qui était un terme plus générique ayant l'avantage de n'exclure, a priori, aucun acte matériel, même si des doutes subsistaient quant à la possibilité de considérer comme des actes unilatéraux certains actes ou comportements concluants tels que ceux envisagés dans le contexte de la promesse.

518. Une autre question, déjà abordée, était celle des effets juridiques. Dans la version antérieure, les effets juridiques se limitaient aux obligations que pouvait contracter l'État par un acte unilatéral, mais après les débats qui avaient eu lieu à la Commission, il était apparu que l'expression "produire des effets juridiques" avait un sens beaucoup plus large et que l'État pouvait non seulement contracter des obligations mais aussi réaffirmer des droits. Selon la doctrine, si un État ne pouvait par un acte unilatéral imposer d'obligations à d'autres États, il pouvait réaffirmer que certaines obligations incombait à ces États en vertu du droit international général ou du droit conventionnel. Tel était le cas par exemple de l'acte unilatéral par lequel un État définissait sa zone économique exclusive. Ce faisant, l'État réaffirmait les droits que lui conférait le droit international général ou le droit conventionnel et rendait opérantes certaines obligations qui incombait à d'autres États. Bien entendu, cette position n'était pas contraire aux principes bien établis en droit international qu'exprimaient les adages *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* et *res inter alios acta*, car il était bien évident que l'État ne pouvait imposer d'obligations à d'autres États, de quelque manière que ce fût, sans le consentement de ces derniers.

¹¹⁷ Le projet d'article premier est libellé comme suit :

Article premier

Définition de l'acte unilatéral

Aux fins des présents articles, on entend par acte unilatéral de l'État une manifestation de volonté non équivoque de l'État, formulée dans l'intention de produire des effets juridiques dans ses relations avec un ou plusieurs États, ou une ou plusieurs organisations internationales, et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance.

A/CN.4/505, p.13.

519. Par ailleurs, le terme "autonome" employé dans le précédent projet d'article 2¹¹⁸ pour qualifier l'acte unilatéral ne figurait plus dans le projet d'article proposé au paragraphe 80 du rapport, ce en raison des réactions défavorables exprimées par certains membres de la Commission et résumées au paragraphe 63 du rapport du Rapporteur spécial. Ce dernier considérait néanmoins qu'il faudrait peut-être apporter quelques précisions dans le commentaire pour distinguer les actes unilatéraux qui dépendaient d'un traité des actes unilatéraux proprement dits. Il avait toujours considéré qu'il était possible d'établir une double indépendance : indépendance vis-à-vis d'un autre acte, et indépendance vis-à-vis de l'acceptation de l'acte unilatéral par son destinataire. C'est ce qui l'avait amené à envisager dans son premier rapport la notion de double autonomie, qu'il s'était abstenu de consacrer dans le nouveau projet, les commentaires des membres de la Commission ayant été loin d'être favorables. Même si l'on n'utilisait pas le mot "autonome", il devait être bien entendu que les actes unilatéraux en question ne dépendaient pas d'autres actes juridiques préexistants ni d'autres normes juridiques. La question restait ouverte et le Rapporteur spécial attendait avec intérêt que la Commission exprimât une opinion majoritaire à cet égard.

520. Une autre question abordée dans le rapport était celle du caractère non équivoque de l'acte unilatéral. Comme il avait déjà été dit, la manifestation de la volonté de l'État devait être non équivoque, et cette question était davantage liée à l'intention de l'État qu'au contenu même de l'acte. La manifestation de la volonté devait en effet être claire, même si le contenu de l'acte ne l'était pas forcément. Par "non équivoque", il fallait entendre "claire", car, comme l'avait dit le représentant d'un État à la Sixième Commission, il était bien évident qu'il n'y avait pas d'acte juridique unilatéral si l'État auteur n'avait pas clairement l'intention de produire un effet normatif.

521. Enfin, toujours à propos du projet d'article premier, le Rapporteur spécial a indiqué que le terme "publicité", qui devait s'entendre à l'égard de l'État destinataire, lequel devait avoir connaissance de l'acte pour que celui-ci produise ses effets, avait été remplacé par l'expression "et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance". L'important était que le texte indiquât que l'acte devait être connu du destinataire, car les actes unilatéraux de l'État obligeaient celui-ci dans la mesure où il avait entendu s'engager juridiquement et où tous les autres États intéressés avaient connaissance de cet engagement.

522. Par ailleurs, le Rapporteur spécial proposait dans le rapport à l'examen de ne pas inclure dans le projet un article s'inspirant de l'article 3 de la Convention de Vienne de 1969, car, à la différence de celle-ci, le projet d'articles visait les actes unilatéraux au sens générique du terme, c'est-à-dire toutes les catégories d'actes unilatéraux. La Convention de Vienne, elle, visait un

¹¹⁸ Le projet d'article 2 est libellé comme suit :

Article 2

Capacité pour l'État de formuler des actes unilatéraux

Tout État a la capacité de formuler des actes unilatéraux.

Ibid., p. 15.

type d'actes conventionnels, le traité, qu'elle définissait, mais sans exclure les autres types d'actes conventionnels distincts du traité, tel que défini au paragraphe 1 a) de l'article 2 de la Convention, auxquels les règles de la Convention pourraient s'appliquer indépendamment de la Convention elle-même. Il avait été en outre tenu compte de l'opinion des membres de la Sixième Commission qui ne souhaitaient pas inclure dans le projet un article sur cette question.

523. Le nouveau projet d'article 2¹¹⁸, qui portait sur la capacité pour l'État de formuler des actes unilatéraux, reprenait pour l'essentiel le texte précédent avec les modifications rédactionnelles suggérées par les membres de la Commission à la session précédente.

524. Le rapport comprenait aussi un projet d'article 3¹¹⁹ relatif aux personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État, conçu sur le modèle de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 et reprenant le texte de 1999 avec quelques modifications. Certains États avaient indiqué que, s'agissant de la capacité pour des représentants ou d'autres personnes d'engager l'État, on pouvait suivre de près la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial a fait observer que le paragraphe 1 du projet d'article devait demeurer inchangé, compte tenu des commentaires faits lors de l'examen de son deuxième rapport à la session précédente, très proches des commentaires formulés lorsque la Commission avait adopté son projet d'articles sur le droit des traités et de ceux qui avaient été faits lors de la Conférence de Vienne. Le paragraphe 2, en revanche, avait été modifié et son champ d'application élargi, de façon à permettre à d'autres personnes que celles mentionnées au paragraphe 1 d'agir au nom de l'État et de l'engager sur le plan international. Ce texte répondait à la spécificité des actes unilatéraux et s'écarterait de la disposition correspondante de la Convention de Vienne de 1969. Il s'agissait en effet de tenir compte de la nécessité de renforcer la confiance et la sécurité dans les relations internationales, même si on pouvait penser, *a contrario*, qu'une disposition de cette nature risquait d'avoir l'effet contraire. Le Rapporteur spécial pensait quant à lui qu'étendre l'habilitation à d'autres personnes pouvant être considérées comme agissant au nom de l'État pourrait fort bien améliorer la confiance, ce qui était précisément l'objet du travail de la Commission en la matière. Dans ce paragraphe, les mots "personne" et "habilitée" étaient

¹¹⁹ Le projet d'article 3 est libellé comme suit :

Article 3

Personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État

1. Le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'État pour accomplir en son nom des actes unilatéraux.
2. Une personne est considérée comme habilitée par l'État pour accomplir en son nom un acte unilatéral s'il ressort de la pratique des États intéressés ou d'autres circonstances qu'ils avaient l'intention de considérer cette personne comme habilitée pour agir en son nom à ces fins.

Ibid., p. 17.

utilisés, au lieu de "représentant" et "autorisé", qui n'avaient pas été acceptés l'année précédente pour les raisons exposées aux paragraphes 106 et 107 de son rapport.

525. Le projet d'article 4¹²⁰, relatif à la confirmation ultérieure de l'acte accompli par une personne non habilitée et qui avait son origine dans la Convention de Vienne de 1969, reprenait les termes du projet d'article 5 présenté l'année précédente. Cette disposition envisageait deux situations distinctes : soit la personne qui agissait n'était pas habilitée à représenter l'État; soit elle était habilitée à le faire, mais ou bien elle agissait dans un autre domaine que celui où elle était habilitée à agir, ou bien elle outrepassait les limites du domaine de compétence autorisé. Dans de tels cas, l'État pouvait confirmer l'acte en question. Dans la Convention de Vienne de 1969, cette confirmation de l'État pouvait être expresse ou tacite mais on considérait en l'espèce, compte tenu de la spécificité des actes unilatéraux et du fait que dans certains cas l'éclairage devait être restrictif, que cette confirmation devrait être expresse afin de donner davantage de garanties à l'État qui formulait l'acte unilatéral.

526. Le deuxième rapport du Rapporteur spécial contenait une disposition spécifique, le projet d'article 6, concernant l'expression du consentement, qui avait été jugé trop conventionnel, c'est-à-dire trop proche de la disposition correspondante de la Convention de Vienne de 1969 et, par conséquent, ni applicable ni justifiable dans le contexte des actes unilatéraux. Comme indiqué au paragraphe 125 de son rapport, "si l'on considère que les articles 3 et 4 couvrent l'expression du consentement, une disposition spéciale relative à la manifestation de la volonté ou à l'expression du consentement ne serait pas nécessaire". La question de la manifestation de la volonté était intimement liée à la naissance de l'acte, c'est-à-dire au moment où l'acte produisait ses effets juridiques, ce qui, dans le cas des actes unilatéraux, était le moment de leur formulation. En droit des traités, par contre, la naissance d'un traité, ou le moment où il produisait ses effets juridiques, était liée à son entrée en vigueur.

527. Le Rapporteur spécial a dit à propos du silence, qui était lié à l'expression du consentement, qu'il était écarté de l'étude car, comme le reconnaissait la majorité des membres de la Commission, il ne constituait pas un acte juridique, même si l'on ne pouvait dire qu'il ne produisait pas d'effets juridiques. On savait bien au contraire l'importance accordée au silence dans la formation des volontés et des accords et aussi au regard des actes unilatéraux eux-mêmes. Néanmoins, que le silence fût ou non un acte juridique, et indépendamment du fait que l'étude en cours visait les actes formulés dans l'intention de produire des effets juridiques, le

¹²⁰ Le projet d'article 4 est libellé comme suit :

Article 4

Confirmation ultérieure de l'acte accompli sans autorisation

Un acte unilatéral accompli par une personne qui n'est pas, au regard de l'article 3, autorisée à agir au nom de l'État, est sans effets juridiques, à moins qu'il ne soit ultérieurement confirmé expressément par cet État.

Ibid., p. 18.

silence, pour le Rapporteur spécial, ne pouvait être considéré comme étant indépendant d'un autre acte. En restant silencieux, un État pouvait accepter une situation, y compris renoncer à un droit, mais il pouvait difficilement faire une promesse. Quoi qu'il en soit, le silence était essentiellement un comportement réactif qui devait nécessairement être lié à un autre comportement, à une attitude ou à un acte juridique antérieur.

528. Enfin, le Rapporteur spécial avait abordé dans son rapport la question de la nullité de l'acte unilatéral, qui devait être examinée à la lumière de la Convention de Vienne de 1969 et du droit international en général. Le projet d'article 5 correspondant qu'il présentait¹²¹ s'inspirait d'une manière générale des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités et reprenait le projet présenté dans le deuxième rapport. Dans le nouveau texte, le Rapporteur spécial avait ajouté un motif important de nullité, suite à une observation qu'avait faite un membre de la Commission l'année précédente à propos de la nullité d'un acte contraire à une décision adoptée par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Même si le Conseil de sécurité pouvait aussi adopter des décisions en vertu du Chapitre VI au sujet de

¹²¹ Le projet d'article 5 est libellé comme suit :

Article 5

Nullité de l'acte unilatéral

Un État peut invoquer la nullité d'un acte unilatéral :

- 1) Si l'acte a été formulé sur la base d'une erreur portant sur un fait ou une situation que cet État supposait exister au moment où l'acte a été formulé et qui constituait une base essentielle de son consentement à être lié par l'acte. Cette condition ne s'applique pas lorsque ledit État a contribué à cette erreur par son comportement ou lorsqu les circonstances ont été telles qu'il devait être averti de la possibilité d'une erreur;
- 2) S'il a été amené à formuler l'acte par la conduite frauduleuse d'un autre État;
- 3) 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;
- 4) Si, dans la formulation de l'acte, une contrainte a été exercée, par des actes ou des menaces, sur la personne qui l'accomplit;
- 5) Si la formulation de l'acte a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international consacrés par la Charte des Nations Unies;
- 6) Si l'acte unilatéral est, au moment de sa formulation, en conflit avec une norme impérative du droit international;
- 7) Si l'acte unilatéral formulé contrevient à une décision du Conseil de sécurité;
- 8) Si l'acte unilatéral formulé est contraire à une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État qui en est l'auteur.

Ibid., p. 23.

la création de commissions d'enquête, ce motif de nullité concernait uniquement les décisions du Conseil de sécurité adoptées en vertu du Chapitre VII.

3. Résumé du débat

529. De façon générale, les membres de la Commission ont accueilli avec satisfaction le troisième rapport du Rapporteur spécial, qui avait cherché à mettre de l'ordre dans un sujet hérissé de difficultés parce que complexe et divers et à concilier les nombreux points de vue divergents exprimés aussi bien à la Commission qu'à la Sixième Commission.

530. À propos de l'*intérêt* du sujet des actes unilatéraux des États, plusieurs membres ont souligné que ces actes occupaient une place importante dans la pratique quotidienne de la diplomatie et qu'il était utile de codifier les règles qui leur étaient applicables. Vu l'importance et la fréquence de cette pratique, a-t-on fait observer, il fallait expliciter et ordonner les principes juridiques généraux et les règles coutumières régissant la matière afin de contribuer à la stabilité des relations internationales. Le fait que le sujet était complexe ne voulait pas dire qu'il ne pouvait pas être codifié. Il concernait une catégorie d'actes trop importants dans la vie internationale, au moins aussi anciens que les traités et qui, comme ces derniers, constituaient une source du droit international contemporain. À cet égard, on a aussi exprimé l'avis qu'un acte unilatéral pouvait même être considéré comme se substituant à un traité lorsque le climat politique empêchait deux États de conclure un traité.

531. On a aussi relevé que l'intérêt du sujet allait sans dire car la chose était claire dès l'instant où la Commission et l'Assemblée générale avaient décidé de l'inscrire à l'ordre du jour de la Commission. L'acte unilatéral de l'État, au sens du projet, existait dans la pratique internationale et constituait même une source de droit international, même si l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne le mentionnait pas. Certes, cette source pouvait sous certaines conditions créer pour les États des droits et des obligations de caractère subjectif, mais elle ne pouvait pas créer en principe du droit objectif, c'est-à-dire des normes internationales d'application générale. Les États ne pouvaient pas légiférer par voie unilatérale. Indéniablement, c'était un sujet difficile à traiter, d'abord parce que les constitutions nationales et les droits internes, d'une façon générale, ne disaient rien ou presque rien des actes unilatéraux des États qui pouvaient engager ceux-ci sur le plan international, à la différence par exemple des conventions et des règles coutumières qui étaient généralement traitées dans le cadre du droit interne des États; ensuite, parce que la pratique internationale concernant ces actes était loin d'être riche. En effet, il y avait peu d'actes par lesquels les États conféraient des droits à d'autres États tout en assumant eux-mêmes les obligations qui correspondaient à ces droits. Il incombait donc à la Commission, avec peu d'outils et d'orientations, de codifier les règles d'un domaine peu connu, et ce dans un double objectif : protéger les États eux-mêmes contre leurs propres agissements en leur proposant un ensemble cohérent de règles claires concernant les actes unilatéraux qui pouvaient les lier sur le plan international, et servir l'intérêt de la communauté internationale en dégagant les règles essentielles de cette nouvelle source du droit.

532. D'autres membres en revanche ont douté que le sujet se prêtât à une codification. Selon un point de vue, les actes unilatéraux présentaient un attrait pour les États précisément parce que ces derniers jouissaient dans ce domaine d'une plus grande liberté d'action qu'en matière de traités. En cherchant les moyens de "codifier" cette relative liberté d'action, la Commission se

trouvait face à un dilemme : ou bien elle enfermerait tout un éventail d'actes unilatéraux dans un carcan inspiré de la Convention de Vienne, et le résultat serait alors totalement inacceptable pour les États; ou bien elle cantonnait ses travaux aux actes unilatéraux pour lesquels il existait au moins un début de régime juridique généralement accepté, auquel cas le résultat serait d'un intérêt limité, car cela reviendrait à prescrire quelque chose que les États faisaient déjà de toute façon. Il a été souligné aussi à cet égard que si l'attrait que les États éprouvaient pour les actes unilatéraux résidait précisément dans le fait que ceux-ci étaient souples et informels, il fallait alors revenir sur la question de savoir si la codification des règles gouvernant les actes unilatéraux s'imposait et s'il existait pour ce faire un fondement juridique.

533. Certains membres ont aussi souligné que les actes unilatéraux observés dans la pratique des États, du fait de leur grande diversité, se prêtaient mal à un exercice général de codification et ont estimé qu'il vaudrait mieux procéder étape par étape, en traitant séparément de chaque catégorie d'actes.

534. Selon d'autres membres, il serait bon de diviser le projet d'articles en deux parties : la première énoncerait des dispositions générales applicables à tous les actes unilatéraux, et la seconde des dispositions applicables à des catégories données d'actes unilatéraux spécifiques qui, par leur singularité, échappaient à une réglementation uniforme.

535. De nombreux membres, soulignant que toute tentative de codification du sujet passait par une étude approfondie de la pratique des États en la matière, ont encouragé le Rapporteur spécial à faire fond dans ses rapports sur cette pratique et à s'en inspirer de près pour formuler les projets d'articles qu'il proposerait. À cet égard, on a exprimé l'espoir que, dans leurs réponses au questionnaire, les gouvernements non seulement feraient part de leurs observations mais aussi communiqueraient des renseignements sur leur pratique.

536. Un grand nombre de membres ont évoqué la question du rapport entre le projet d'articles sur les actes unilatéraux et la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et approuvé "l'approche parallèle souple" exposée par le Rapporteur spécial aux paragraphes 15 à 22 de son rapport. Il a été souligné à cet égard que les règles du droit des traités codifiées dans la Convention de Vienne de 1969 constituaient une source d'inspiration pour l'analyse des règles régissant les actes unilatéraux des États. Traités et actes unilatéraux étaient en effet deux espèces d'un même genre, celui des actes juridiques. Par conséquent, les règles qui reflétaient les éléments et les caractéristiques communs à tous les types d'actes juridiques devaient être applicables aussi bien aux actes juridiques bilatéraux, les traités, qu'aux actes juridiques unilatéraux. Mais ce parallélisme ne saurait se traduire par une transposition automatique des règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités aux fins de la codification des règles gouvernant les actes unilatéraux des États. Il existait des différences importantes, et c'est pourquoi le Rapporteur spécial avait conseillé prudemment "une approche parallèle souple". On a fait observer aussi que si la Convention de Vienne n'existait pas, il ne serait en effet pas possible de codifier les actes unilatéraux des États, qui liaient ceux-ci sur le plan du droit international. La Convention de Vienne avait véritablement ouvert la voie de la codification des actes unilatéraux des États. Il convenait cependant d'éviter de reproduire à l'identique les solutions de la Convention. Cette dernière devait être utilisée raisonnablement et avec beaucoup de prudence comme source d'inspiration, là où les caractéristiques de l'acte unilatéral contraignant coïncidaient parfaitement

avec celles de l'acte conventionnel. En d'autres termes, il faudrait à partir de l'étude de l'acte unilatéral de l'État se diriger éventuellement vers les solutions de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et non pas suivre la démarche inverse.

537. Certains membres ont préconisé la prudence. Selon un point de vue, il fallait absolument éviter de pousser trop loin l'analogie avec le droit des traités, sous peine de confusion. Selon un autre point de vue, il ne serait pas souhaitable de suivre de près la Convention de Vienne de 1969, parce qu'il existait des différences fondamentales entre le droit des traités et le droit des actes unilatéraux.

538. S'agissant en particulier des rapports éventuels entre le sujet et la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, l'avis a été émis qu'il n'apparaissait toujours pas très clairement si le projet à l'examen incluait les effets des actes unilatéraux des États vis-à-vis des organisations internationales ou ceux des actes des organisations internationales lorsque celles-ci se comportaient comme des États. Les organisations internationales n'étaient mentionnées que dans le projet d'article premier, et seulement en tant que destinataires et non pas en tant qu'auteurs des actes unilatéraux. La Commission avait très sagement décidé d'exclure du projet les résolutions adoptées par les organisations internationales, mais le mot "résolution" ne couvrait pas tout le champ des actes unilatéraux accomplis par ces organisations. Les organisations internationales, et en particulier les organisations d'intégration régionales, pouvaient également prendre des engagements unilatéraux à l'égard d'États ou d'autres organisations internationales. Les problèmes soulevés par ces actes devaient alors être posés, *mutatis mutandis*, dans les mêmes termes que le faisait la Convention de Vienne de 1986.

539. Plusieurs membres se sont référés aux paragraphes 23 à 27 du rapport, dans lesquels le Rapporteur spécial traitait de la question de l'*estoppel* et de son rapport avec les actes unilatéraux.

540. Selon un avis, l'élément fondamental dans le cas de l'*estoppel* était le comportement du destinataire, alors que dans le cas des actes unilatéraux, le comportement du destinataire n'ajoutait rien, sauf exception, à la force obligatoire de l'acte. Il a été noté aussi à ce propos qu'en soi l'*estoppel* n'était pas un acte juridique, ni unilatéral ni bilatéral, mais plutôt une situation ou un effet qui se produisait dans certaines circonstances aussi bien dans le contexte des actes juridiques que dans celui des simples faits, et qui produisait des conséquences déterminées sur une relation juridique entre deux ou plusieurs sujets de droit international. Il pouvait donc être écarté pour le moment de l'étude générale des actes unilatéraux, pour être repris ultérieurement afin d'étudier son incidence éventuelle dans des contextes donnés.

541. D'autres membres ont adopté une position un peu plus positive quant à la possibilité pour la Commission d'aborder la question de l'*estoppel* dans le contexte des actes unilatéraux des États. Ainsi, selon un point de vue, s'agissant de l'*estoppel*, l'idée fondamentale en droit international était qu'un État ou une organisation internationale devait rester cohérent dans son comportement vis-à-vis de ses partenaires, afin d'éviter de les induire en erreur. En fait, tout acte unilatéral était probablement susceptible d'entraîner un *estoppel*. L'*estoppel* pouvait être la conséquence d'un acte unilatéral dès lors que cet acte avait amené le destinataire à se fonder sur la position exprimée par l'État auteur de l'acte. L'*estoppel* faisait partie du sujet en ce sens qu'il

constituait l'une des conséquences possibles de l'acte unilatéral. Le Rapporteur spécial devrait donc aborder la question lorsqu'il traiterait des effets des actes unilatéraux. Dans le même ordre d'idées, l'avis a été exprimé que l'estoppel n'était pas en lui-même un acte juridique, mais plutôt un fait générateur d'effets juridiques, qui, en tant que tel, devrait être examiné dans le cadre des effets des actes unilatéraux.

542. Toujours à titre d'observations générales sur le sujet, l'avis a été exprimé que le problème majeur posé par la méthodologie suivie jusqu'ici tenait au fait que les actes non dépendants ou autonomes ne sauraient produire d'effets juridiques en l'absence d'une réaction de la part des autres États, même si celle-ci se résumait au silence. La réaction pouvait revêtir la forme d'une acceptation - expresse ou tacite - ou d'un rejet. Autre problème, il pouvait y avoir chevauchement avec le cas où le comportement des États constituait un accord informel. Par exemple, l'affaire du *Groenland oriental*¹²², dans laquelle certains auteurs voyaient un exemple classique d'acte unilatéral, pouvait aussi être considérée comme mettant en jeu un accord informel entre la Norvège et le Danemark. Ces problèmes de qualification pouvaient généralement être réglés par une clause de sauvegarde. Selon cette même opinion, la question de l'estoppel faisait intervenir elle aussi la réaction d'autres États face à l'acte unilatéral initial. Dans l'affaire du *Temple de Preah Vihear*¹²³, par exemple, il avait été considéré que la Thaïlande, par son comportement, avait adopté la ligne frontière indiquée sur la carte de l'Annexe I. Cette affaire s'articulait indéniablement autour d'un acte ou d'un comportement unilatéral de la part de la Thaïlande, mais il avait été estimé que le comportement de la Thaïlande était opposable au Cambodge. En d'autres termes, il y avait un cadre préexistant dans lequel s'inscrivaient les relations entre les deux États. Dans ce contexte, la définition du sujet et en particulier la nature du comportement ou facteur générateur appelaient certaines observations. La notion de déclaration avait été écartée, mais l'expression même "actes unilatéraux" était probablement elle aussi trop étroite. Tout dépendait du comportement tant de l'État "générateur" que d'autres États - en d'autres termes, de la relation entre un État et d'autres États. La question générale connexe de la preuve de l'intention était une raison de plus de définir le facteur ou la conduite considérée en des termes assez généraux. La notion d'"acte" était trop restrictive. La situation juridique ne saurait être simplement appréhendée en tant qu'"acte" unique. Le contexte et les antécédents de l'"acte unilatéral" avaient souvent une portée juridique. Dans ce sens, les références faites à l'effet du silence pourraient aussi empêcher toute qualification. Ce qu'il fallait évaluer, c'était le silence dans un contexte donné et par rapport à un acte générateur, et non le silence en soi, ou considéré isolément. Selon le même point de vue, la différence générale qui existait entre le sujet à l'étude et le droit des traités était que, dans le cas des traités, il existait une distinction suffisamment claire entre le comportement générateur - le traité - et l'analyse juridique des conséquences. Dans le cas des actes unilatéraux, ou d'un comportement unilatéral, il était souvent extrêmement difficile de distinguer l'acte ou le comportement générateur de l'opération

¹²² *CPJI*, Série A/B, No 53.

¹²³ *CIJ Recueil*, 1962.

de construction des résultats juridiques. L'affaire du *Temple de Preah Vihear*¹²⁴ pouvait aussi servir d'illustration à cette observation.

543. À propos de l'article premier en général, consacré à la définition de l'acte unilatéral, plusieurs membres se sont félicités du nouveau libellé proposé par le Rapporteur spécial, qui était plus simple que les précédents. Ils ont noté avec satisfaction qu'il avait été tenu compte de nombre des suggestions faites à la Commission et à la Sixième Commission et considéré qu'il améliorerait le texte présenté aux sessions précédentes, encore qu'il fût possible de le peaufiner davantage.

544. Plusieurs membres ont relevé avec satisfaction en particulier que, dans la définition, le mot "déclaration" avait été supprimé pour être remplacé par le mot "acte", le premier terme étant à leur avis à la fois ambigu et restrictif.

545. Il a été relevé que les principales différences entre la définition précédente des actes unilatéraux et la nouvelle définition consistaient en la suppression de la condition d'"autonomie" de ces actes, dans le remplacement de l'expression "dans l'intention de créer des obligations juridiques sur le plan international" par l'expression "dans l'intention de produire des effets juridiques" et dans le remplacement du critère de "publicité" par la condition que l'État ou l'organisation internationale destinataires aient connaissance de l'acte.

546. Certains membres ont émis des réserves sur la définition. Selon un avis exprimé, la définition ne tenait pas compte des aspects formels des actes unilatéraux. Selon un autre point de vue, une définition générale et uniforme de tous les actes unilatéraux n'était pas indiquée, car les actes unilatéraux observés dans la pratique des États étaient divers.

547. D'autres membres ont préféré attendre pour se prononcer sur la définition que la Commission ait pris une décision finale quant aux types d'actes à inclure dans l'étude. Il s'agissait en particulier de certains membres qui étaient hostiles à la suppression de l'ancien article premier du projet d'articles, traitant de la portée du projet d'articles (voir le paragraphe 563 ci-après).

548. Plusieurs membres ont évoqué expressément l'élément de la définition proposée concernant la manifestation de volonté formulée dans l'intention de produire des effets juridiques. Certains membres, ayant rappelé l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans les affaires des *Essais nucléaires*¹²⁵, ont souligné l'importance fondamentale de l'intention de l'État auteur dans la formulation de l'acte. L'auteur d'un acte unilatéral devait avoir l'intention de s'engager et de s'imposer une certaine ligne de conduite obligatoire.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ *Essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêts du 20 décembre 1974, *CIJ Recueil*, 1974.

549. Certains membres ont fait observer que les mots "manifestation de volonté" et "intention" risquaient de faire double emploi, voire d'être tautologiques, mais d'autres membres ont estimé que cela n'était pas le cas.

550. Plusieurs membres ont approuvé la reformulation de l'article, qui désormais précisait que l'objet de l'intention était de produire des effets juridiques. Cela distinguait les actes unilatéraux, au sens de l'étude de la Commission, des actes purement politiques. Certains membres ont cependant considéré que la définition n'allait pas suffisamment loin dans la détermination de la nature des effets juridiques produits par l'acte. Selon un point de vue, il conviendrait d'établir une distinction entre les actes unilatéraux qui produisaient des effets juridiques dès leur formulation et indépendamment de l'attitude adoptée par d'autres États, et les actes unilatéraux qui ne produisaient d'effets juridiques qu'à partir du moment où ils étaient acceptés par d'autres États. Les actes donnant effet à des règles de droit n'avaient pas tous besoin d'être acceptés par d'autres États : pour autant qu'ils restent dans la légalité, les États pouvaient donner unilatéralement effet à leurs propres droits. Selon ce même point de vue, le Rapporteur spécial était arrivé à définir quelles étaient les principales questions qui devaient être résolues au stade initial des travaux, mais il n'était pas possible de traiter de tout l'éventail des actes unilatéraux dans des règles générales. Il faudrait recenser les actes unilatéraux qui méritaient d'être spécialement étudiés et déterminer ensuite les caractéristiques juridiques de chacun. Une analyse de la doctrine et de la pratique des États montrait que, dans la plupart des cas, la promesse, la protestation, la reconnaissance et la renonciation étaient considérées comme des actes unilatéraux. Selon ce même point de vue, les actes unilatéraux pouvaient être classés en plusieurs catégories. Il y avait tout d'abord les actes unilatéraux qui pouvaient être qualifiés de "purs", c'est-à-dire ceux qui donnaient véritablement effet au droit international et qui n'appelaient aucune réaction de la part des autres États. Il y avait ensuite les actes par lesquels les États contractaient des obligations. On les appelait souvent "promesses", bien que ce terme fût inapproprié car il renvoyait à des impératifs moraux et non juridiques. Lorsqu'ils étaient reconnus par d'autres États, ces actes créaient une forme d'accord et, à ce titre, pouvaient donner naissance, pour les autres États, non seulement à des droits, mais aussi à des obligations. Enfin, il y avait les actes qui exprimaient la position d'un État vis-à-vis d'une situation ou d'un fait donné - reconnaissance, renonciation, protestation - et qui étaient également des actes purement unilatéraux, en cela qu'ils n'appelaient pas de reconnaissance par les autres États. Selon un autre point de vue, l'expression très large "produire des effets juridiques" ne permettait pas dans la pratique d'élaborer des règles communes à des actes aussi différents que la promesse, la reconnaissance, la protestation ou la renonciation. Il semblerait préférable d'adopter une démarche graduelle.

551. Certains membres, ayant fait observer que la distinction entre actes politiques et actes juridiques était floue, ont souligné la difficulté qu'il y avait souvent à déterminer l'intention réelle d'un État lorsqu'il formulait un acte. On a dit à cet égard que souvent l'intention, pour être clarifiée, nécessitait une décision d'un tribunal international. On a dit également à ce propos qu'un État était une entité politique dont les intentions pouvaient être équivoques ou non équivoques, selon le contexte. Il fallait, dans tous les cas, évaluer le critère de l'effet réellement produit pour déterminer la nature de l'intention. L'examen des considérations de politique générale à la lumière du contexte jouait un rôle très important dans l'évaluation de l'intention sous-jacente d'un acte. Selon ces membres, il était regrettable que le Rapporteur spécial n'ait pas mis suffisamment l'accent dans la définition sur l'idée de contexte, sur laquelle, par exemple,

la Cour internationale de Justice s'était appuyée dans l'affaire de la *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (compétence)*¹²⁶. Selon un autre point de vue, le fait qu'un État décide d'accomplir un acte signifiait invariablement qu'il y trouvait un intérêt. Il faudrait alors intégrer la notion d'intérêt dans la recherche d'une définition objective de l'acte unilatéral, non pas pour la substituer à celle d'intention, mais pour donner un sens, un contenu à l'intention, qui était, elle, plus difficile à établir.

552. En ce qui concerne l'expression "dans ses relations avec un ou plusieurs États, ou une ou plusieurs organisations internationales" qui qualifie les mots "effets juridiques" dans la définition proposée, on s'est demandé pourquoi le Rapporteur spécial voulait limiter les effets des actes unilatéraux aux seules relations avec les autres États ou avec les organisations internationales car les peuples, les mouvements de libération nationale ou les individus pouvaient aussi être bénéficiaires d'engagements juridiques. On a dit qu'à cet égard la définition des traités figurant à l'alinéa a) de l'article premier de la Convention de Vienne de 1969 devrait servir de guide. Aux termes de cette Convention, un traité était un accord international régi par le droit international. Il était essentiel, pour les membres en question, de reprendre les mêmes termes pour les actes unilatéraux, en disant qu'un acte unilatéral était d'abord et avant tout un acte régi par le droit international, l'auteur de l'acte se plaçant ainsi d'emblée sur le terrain du droit international et non du droit interne. Ces membres ont proposé de remplacer les mots "dans ses relations avec un ou plusieurs États, ou une ou plusieurs organisations internationales" par la formule "régé par le droit international".

553. Pour ce qui est de l'expression "*non équivoque*" qui qualifie les mots "manifestation de volonté" dans la définition proposée, certains membres l'ont jugée acceptable car il était pour eux difficile d'imaginer comment on pourrait formuler un acte unilatéral d'une manière qui ne serait pas claire ou qui contiendrait des conditions ou des restrictions implicites, ou d'une manière qui permettrait de l'annuler facilement et rapidement.

554. En revanche, d'autres membres se sont vigoureusement opposés à l'inclusion des mots "non équivoque" et ont rappelé que ces mots ne figuraient pas dans la définition élaborée par le Groupe de travail à la session précédente de la Commission. On a dit à cet égard qu'il devait être entendu que l'expression de la volonté devait toujours être claire et compréhensible; si elle était équivoque et ne pouvait être éclaircie par les moyens ordinaires d'interprétation, elle ne créait pas d'acte juridique. On a aussi fait observer que les idées de clarté et de certitude que le Rapporteur spécial s'efforçait d'exprimer par les mots "non équivoque" étaient des questions d'appréciation qui traditionnellement relevaient du pouvoir du juge et n'avaient pas leur place dans la définition de l'acte unilatéral. On a aussi dit, pour s'opposer à l'inclusion des mots "non équivoque", que l'affaire des *Essais nucléaires* montrait que "l'absence d'équivoque" pouvait résulter non pas d'un acte formellement identifiable, mais d'un faisceau de déclarations orales, sans qu'une confirmation écrite formelle fût nécessaire.

¹²⁶ *CIJ Recueil, 1994 et 1995.*

555. Certains membres ont appuyé la décision du Rapporteur spécial de ne pas retenir la notion d'"autonomie" dans la définition proposée. On a dit à cet égard qu'un acte unilatéral ne pouvait produire d'effet que s'il existait, sous une forme ou une autre, une habilitation en ce sens en droit international général. Cette habilitation pouvait être particulière, par exemple les États pouvaient fixer unilatéralement la largeur de leurs eaux territoriales dans la limite de 12 milles marins depuis les lignes de base; elle pouvait aussi être plus générale, par exemple les États pouvaient prendre unilatéralement des engagements par lesquels ils limitaient leur compétence souveraine. Mais les actes unilatéraux n'étaient jamais autonomes. À défaut de fondement en droit international, ils n'étaient pas valides. Il s'agissait d'un problème non pas de définition mais de validité ou de licéité.

556. D'autres membres ont eu des réactions mitigées face à l'abandon de la notion d'autonomie dans la définition. Ainsi, selon un membre, la nécessité d'exclure de la définition les actes liés à d'autres régimes juridiques, par exemple les actes liés au droit des traités, rendait nécessaire l'inclusion de la notion d'autonomie dans la définition. Selon un autre membre, le terme "autonomie" n'était peut-être pas totalement satisfaisant, mais l'idée de non-dépendance, en tant que caractéristique de l'acte unilatéral, ne méritait pas d'être totalement écartée.

557. Selon une autre opinion, la suppression du mot "autonome" qui figurait dans les définitions précédentes des actes unilatéraux créait certaines difficultés. Elle signifiait que les actes unilatéraux englobaient des actes accomplis en relation avec des traités. Toutefois, comme des membres de la Commission insistaient pour qu'on supprime ce mot, un compromis pourrait consister à insérer le mot "unilatéralement" après le mot "produire". Cet adverbe serait dans ce contexte interprété comme renvoyant à l'autonomie de l'acte.

558. Plusieurs membres ont fait des observations sur les mots *"et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance"*. Ces mots ont été critiqués pour diverses raisons.

559. Certains membres ont regretté que dans la définition qu'il proposait le Rapporteur spécial se fût écarté sans justification de la définition sur laquelle le Groupe de travail s'était mis d'accord à la session précédente de la Commission. Alors que dans la définition adoptée par le Groupe de travail l'acte devait être notifié ou porté autrement à la connaissance de l'État ou de l'organisation internationale concerné, il suffisait maintenant que l'État ou l'organisation intéressée en ait connaissance. Cette expression était malheureuse, car elle pouvait donner à penser que cette connaissance pouvait avoir été acquise, par exemple, par des activités d'espionnage ou par l'action des services de renseignement. Or il était nécessaire que l'État auteur de l'acte fasse quelque chose pour le porter à la connaissance de son ou ses destinataires ou de la communauté internationale. Comme il était indiqué au paragraphe 131 du résumé thématique des débats à la Sixième Commission (A/CN.4/504) que l'expression adoptée par le Groupe de travail avait recueilli l'appui des délégations, ces membres se sont demandés pourquoi le Rapporteur spécial avait ainsi modifié la définition. On a aussi noté que, dans le texte anglais de la définition, la formule finale "State or international organization" ne correspondait pas à la formule "one or more States or international organizations" employée dans le membre de phrase précédent, ce qui créait une confusion.

560. Pour un autre membre, le destinataire de l'acte unilatéral devait évidemment en avoir connaissance pour que l'acte produise des effets juridiques. Mais le principe de la connaissance soulevait plusieurs questions, notamment celle de savoir à partir de quel moment cette connaissance devait exister et comment on pouvait établir que le destinataire l'avait acquise. Un État pouvait très bien avoir connaissance d'un acte seulement au bout d'un certain temps. Dans ce cas, la question se posait de savoir si l'acte unilatéral existait seulement à partir du moment où la connaissance était acquise, ou à partir du moment où l'État destinataire indiquait qu'il avait eu connaissance de l'acte. La connaissance était, pour ce membre, un concept qui posait davantage de problèmes qu'il n'en résolvait. Il ne voyait pas pourquoi l'idée de la "formulation publique" de l'acte avait été abandonnée. Ce qui comptait, c'était la publicité de la formulation de l'acte plutôt que sa réception, et ce, aussi bien pour des raisons pratiques que pour des raisons théoriques.

561. Pour d'autres membres, la clause à l'examen n'avait pas sa place dans la définition parce que la connaissance de l'acte était une condition de sa validité.

562. Certains membres ont appuyé la *suppression du précédent projet d'article premier relatif au champ d'application du projet d'articles*. On a convenu à cet égard que le nouvel article premier reprenait les éléments contenus dans l'ancienne version en ce qui concerne le champ d'application et qu'un article distinct y relatif n'était pas nécessaire. On a aussi dit à cet égard qu'un article inspiré de l'article 3 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités concernant l'effet juridique des accords internationaux n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention et les dispositions du droit international qui leur étaient applicables n'était pas nécessaire. Le projet à l'examen visait les actes unilatéraux et ce terme était suffisamment large pour couvrir toutes les manifestations unilatérales de volonté formulées par un État.

563. Certains membres ont estimé qu'un ensemble de dispositions générales devait aussi contenir une disposition sur la portée du projet d'articles. Une typologie des différentes catégories d'actes unilatéraux, non seulement désignées mais accompagnées de leur définition, pourrait être introduite à ce stade. On a ajouté à cet égard que certaines catégories d'actes unilatéraux devraient être exclues du projet d'articles, par exemple celles qui avaient trait à la conclusion et l'application des traités (ratification, réserves, etc.). Il faudrait faire un recensement précis des actes à exclure et réintroduire un projet d'article relatif à la portée du projet, à l'image des articles 1er et 3 de la Convention de Vienne de 1969. Il fallait aussi spécifier que le projet d'articles ne s'appliquait qu'aux actes unilatéraux des États à l'exclusion de ceux des organisations internationales.

564. Certains membres ont dit que le nouvel article premier pourrait être complété par une référence à la forme que pouvait prendre un acte unilatéral, à l'instar du paragraphe 1 a) de l'article 2 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités. L'article devrait préciser qu'un acte unilatéral d'un État pouvait prendre la forme d'une déclaration ou toute autre forme acceptable, orale ou écrite. De telle manière, la diversité des actes unilatéraux que révélait la pratique des États serait pleinement couverte.

565. Le nouvel article 2 relatif à la capacité de l'État de formuler des actes unilatéraux a d'une manière générale été approuvé. On a dit à cet égard qu'il faisait sans aucun doute partie des dispositions générales du projet d'articles. Il rappelait le lien inhérent existant entre l'État et l'acte

unilatéral. L'expression de la volonté reflétait la personnalité juridique de l'État; elle signifiait que, quelles que soient sa taille ou son importance politique, un État demeurait un État et que tous les États étaient égaux. La notion de personnalité juridique était voisine de celle d'égalité des États. La capacité de formuler des actes unilatéraux était donc inhérente à la nature de l'État.

566. Certaines propositions ont été faites quant au libellé de l'article. L'une d'entre elles consistait à ajouter les mots "conformément au droit international" à la fin de la disposition, une autre à ajouter les mots "susceptible de créer des droits et des obligations au niveau international". Il a en outre été proposé de remplacer le verbe "to formulate" par le verbe "to issue" dans la version anglaise.

567. S'agissant de l'article 3 en général, relatif aux personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État, il a été approuvé dans son ensemble et l'on s'est félicité que le Rapporteur spécial ait supprimé le paragraphe 3 de l'ancien article 4 qui traitait de la même matière et était devenu l'article 3. On a dit à cet égard que l'inclusion d'une formule tirée de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités ne semblait pas opportune dans le contexte du projet d'articles.

568. Selon une opinion, une question qui n'avait pas été envisagée mais qui méritait de l'être était celle de la compétence pour conclure des traités au regard du droit interne, une question traitée à l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le projet d'article 3 définissait les personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État mais ne disait rien sur le point de savoir si, du fait de l'existence de dispositions constitutionnelles ou législatives, d'autres organes de l'État devaient intervenir pour que l'acte puisse être valablement formulé. Un chef d'État pouvait certes ratifier un traité, mais ceci ne signifiait pas qu'il n'y avait pas de dispositions constitutionnelles exigeant une autorisation préalable du parlement. Pour ce membre, il convenait de déterminer d'abord s'il existait des dispositions constitutionnelles applicables aux actes unilatéraux et, dans le cas contraire, si et dans quelle mesure les dispositions constitutionnelles applicables aux traités pouvaient être appliquées par analogie, en vertu du droit constitutionnel, à certains des actes unilatéraux relevant des travaux de la Commission. Il fallait déterminer ensuite si le non-respect de ces dispositions constitutionnelles avait des conséquences sur la validité des actes unilatéraux.

569. Selon une autre opinion, il convenait d'attendre, pour porter un jugement final sur l'article 3, d'avoir déterminé de manière définitive, à l'article premier, quels actes entraient dans le champ d'application du projet d'articles.

570. Le paragraphe 1 de l'article 3 a d'une manière générale été approuvé. Selon un membre, les mots "sont réputés représenter" devaient être remplacés par "représentent". Toutefois, selon une autre opinion, les mots "sont réputés" créaient une présomption réfragable qui était nécessaire dans le paragraphe. En outre, la modification proposée risquait de créer des problèmes d'incompatibilité avec la constitution de certains pays.

571. Si, selon une opinion, les ministres "techniques" devaient peut-être figurer au paragraphe 1 parmi les représentants habilités à formuler des actes unilatéraux, selon une autre la notion même de "ministre technique" était inappropriée.

572. Selon une opinion, les organes de l'État, en particulier les organes pléniers et les organes législatifs, devraient aussi être habilités à formuler des actes unilatéraux. Il songeait aux parlements mais aussi aux organes et conseils qui se mettaient spontanément en place après une période d'instabilité intérieure et concentraient entre leurs mains la réalité du pouvoir, qu'ils étaient en mesure d'exercer effectivement en attendant la mise en place d'institutions permanentes.

573. À cet égard, on a fait observer que si le parlement devait être au nombre des personnes autorisées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État, on pouvait douter que cette catégorie d'auteurs d'actes unilatéraux fût couverte par le paragraphe 2, et peut-être fallait-il la mentionner expressément au paragraphe 1.

574. Un gouvernement ayant suggéré dans ses commentaires écrits d'inclure les chefs de mission diplomatique au paragraphe 1, des doutes ont été exprimés quant à leur capacité de formuler des actes unilatéraux sans habilitation spécifique.

575. Le paragraphe 2 a d'une manière générale été approuvé, mais un certain nombre d'observations ont été faites quant à sa rédaction. On a proposé de remplacer les mots "une personne" par "une autre personne". On a aussi proposé de remanier la formule "pratique des États concernés" pour qu'il soit clair que la pratique en question était celle de l'État auteur de l'acte unilatéral en cause. Selon une opinion, les mots "d'autres circonstances" nécessitaient peut-être des éclaircissements, car cette notion était relative dans le temps et dans l'espace. On a proposé d'utiliser l'expression "circonstances dans lesquelles l'acte a été formulé". Selon une autre opinion, la référence à d'"autres circonstances" était très utile. Pour le membre en question, il fallait peut-être faire mention, dans le commentaire de l'article 3, des assurances données au cours d'un procès international par l'agent d'un État ou par un autre représentant autorisé. On a à cet égard évoqué l'arrêt rendu par la CIJ en 1995 dans l'affaire du *Timor oriental*¹²⁷.

576. Selon une opinion, dans sa forme actuelle le paragraphe 2 était trop large. Personne n'avait la possibilité d'examiner la pratique de chaque État ou d'autres circonstances pour déterminer si une personne qui avait formulé un acte unilatéral était habilitée à agir au nom de l'État. Cela revenait à donner la possibilité à n'importe quel fonctionnaire subalterne de formuler un acte unilatéral qui aurait de grandes chances d'être invalidé par la suite. Selon le même membre, la Commission devait limiter la catégorie de personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au titre du paragraphe 2 aux chefs de mission diplomatique et autres ministres d'État à ce pleinement autorisés, à des fins spécifiques uniquement. Elle pourrait ainsi établir une distinction entre les pouvoirs généraux conférés aux trois catégories de personnes mentionnées au paragraphe 1 et les pouvoirs plus limités de la catégorie de personnes visée au paragraphe 2.

577. Selon une opinion, l'article 3 devait être complété par un troisième paragraphe, l'actuel article 4 relatif à la confirmation ultérieure de l'acte accompli sans autorisation. Selon cette

¹²⁷ *CIJ Recueil, 1995.*

opinion, l'article 3 pouvait en outre être reformulé en tenant compte des trois principes ci-après. Premièrement, la transposition des catégories d'autorité identifiées par le droit des traités (chef d'État, premier ministre, ministre des affaires étrangères) au droit des actes unilatéraux était acceptable. Deuxièmement, l'élargissement du cercle des autorités qualifiées pour engager l'État par voie unilatérale ne devait pas faire intervenir certaines techniques particulières au droit des traités telles que les pleins pouvoirs, mais devait s'appuyer, d'une part, sur la position de l'auteur de l'acte au sein de l'appareil d'État, c'est-à-dire dans l'exercice du pouvoir politique au sein de l'État et, d'autre part, sur la particularité technique du domaine dans lequel l'auteur de l'acte unilatéral était intervenu, sous réserve de confirmation dans les deux cas. Troisièmement, c'était à ces mêmes conditions que l'élargissement du cercle des autorités aux chefs de mission diplomatique ou aux représentants permanents d'État auprès d'organisations internationales était acceptable. Il faudrait, ainsi, au paragraphe 1, remplacer le membre de phrase "sont réputés représenter l'État pour accomplir en son nom des actes unilatéraux" par "sont compétents pour accomplir au nom de l'État des actes unilatéraux". Dans la version française du paragraphe 2, la formule "Une personne est considérée comme habilitée par l'État pour accomplir en son nom un acte unilatéral" était lourde et elle devait être remplacée par "Une personne est présumée compétente pour accomplir au nom de l'État un acte unilatéral".

578. L'article 4, relatif à la confirmation ultérieure de l'acte accompli sans autorisation, a d'une manière générale été approuvé. Certains membres ont toutefois exprimé des réserves au sujet du mot "expressément" qualifiant la confirmation. Ils se demandaient pourquoi un acte unilatéral ne pouvait être confirmé tacitement, estimant que la confirmation d'un acte unilatéral devait être régie par les mêmes règles que sa formulation. On a dit à cet égard qu'un acte unilatéral pourrait être confirmé "*per concludentiam*" dans le cas où l'État n'invoquait pas l'absence d'habilitation pour invalider l'acte et exécutait l'obligation qu'il avait assumée.

579. Selon certains membres, le contenu du paragraphe 4 pouvait être incorporé à l'article 3 en tant que paragraphe 3.

580. On a fait observer que dans le texte français les mots "effets juridiques" devaient être mis au singulier.

581. D'autre part, un membre n'a pas appuyé l'article 4, jugeant qu'il n'était pas suffisamment restrictif. Il estimait que si une personne formulait un acte unilatéral sans être habilitée à le faire, l'État concerné ne pouvait pas par la suite approuver cette action illicite. En droit des obligations, la personne concernée avait agi illégalement, et son action était donc nulle *ab initio*. En conséquence, un État ne pouvait pas valider à posteriori une conduite qui n'était pas autorisée à l'origine.

582. Un appui s'est manifesté à la Commission en faveur de la *suppression de l'ancien article 6 relatif à l'expression du consentement*.

583. S'agissant du *silence* et des actes unilatéraux, dont le Rapporteur spécial traitait dans son troisième rapport relativement à la suppression de l'ancien article 6, des opinions divergentes ont été exprimées.

584. Pour certains membres, le silence ne pouvait être considéré comme un acte unilatéral au sens strict car il ne comportait pas d'intention, qui était l'un des éléments importants de la définition de l'acte unilatéral. C'est pourquoi la question du silence et des actes unilatéraux ne relevait pas du projet d'articles.

585. D'autres membres n'étaient pas du même avis. Ils ont souligné que si certains silences n'étaient certainement pas et ne pouvaient pas être des actes unilatéraux, il y avait aussi des "silences éloquents" qui étaient l'expression intentionnelle d'un acquiescement et qui constituaient donc bel et bien de tels actes. L'affaire du *Temple de Preah Vihear* en fournissait un exemple. On a en outre fait observer que le silence, et la doctrine l'admettait, pouvait constituer un véritable acte juridique. Le silence opérant comme un acquiescement pouvait dans certaines situations permettre à l'acte unilatéral initial de produire tous ses effets juridiques, notamment lorsque cet acte visait à créer des obligations à la charge d'un ou plusieurs États. Un État pouvait dans certains cas exprimer son consentement par le silence, même si en droit des traités le consentement devait être explicite. On a aussi dit qu'à l'époque moderne l'accord tacite jouait un rôle majeur dans le développement du droit international général, notamment du *jus cogens*. Dans de nombreux cas, le Conseil de sécurité avait adopté des résolutions, notamment celles créant des tribunaux militaires, en exerçant des pouvoirs que ne lui conférait pas la Charte – et les États Membres de l'Organisation des Nations Unies avaient tacitement reconnu ses décisions, qui en avaient de ce fait acquis force obligatoire. En outre, en droit de la preuve, le silence pouvait être assimilé à un aveu. Dans une situation de conflit, si un État mettait un autre État au défi de prouver que ce qu'il affirmait à propos d'un acte de cet autre État était faux et que cet autre État restait silencieux, son silence valait acquiescement.

586. À titre d'observation générale sur l'article 5, des membres ont souligné la nécessité de lier ce dernier à une disposition sur les conditions de validité de l'acte unilatéral, qui n'avait pas encore été établie. Dans le cadre d'une étude sur les conditions déterminant la validité des actes unilatéraux, a-t-on dit, il faudrait envisager le contenu matériel possible de l'acte, sa licéité par rapport au droit international, l'absence de vice dans la manifestation de la volonté, la nécessité de la notoriété de l'expression de la volonté et la production d'effets sur le plan international. Une fois ces conditions identifiées et développées, il serait plus facile d'articuler de manière appropriée les règles relatives à la nullité.

587. Le lien avec une disposition éventuelle sur la révocation de l'acte unilatéral a également été souligné. On a fait observer que si l'acte unilatéral était révocable, l'État avait intérêt à recourir à ce moyen plutôt que d'invoquer une cause de nullité. Les causes de nullité devraient donc concerner essentiellement les actes unilatéraux qui n'étaient pas révocables, c'est-à-dire ceux qui liaient l'État auteur de l'acte à l'égard d'une autre entité.

588. Il a été également suggéré d'établir une distinction entre les cas dans lesquels un acte ne pouvait être annulé que si un motif de nullité était invoqué par un État (nullité relative) et les cas dans lesquels la nullité était une sanction imposée par le droit ou découle directement du droit international (nullité absolue ou *ex lege*). L'erreur, la fraude, ou la corruption, qui faisaient l'objet des paragraphes 1, 2 et 3 du projet d'article 5, pouvaient être invoquées par les États comme causes de nullité d'actes unilatéraux formulés en leur nom. Il en était de même de la situation

qu'entendait régir le paragraphe 8 du projet d'article 5, à savoir celle de l'acte unilatéral contraire à une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État qui en était l'auteur.

589. À cet égard, il a été également suggéré d'insérer dans le projet une disposition relative à l'incapacité de l'État auteur de l'acte unilatéral. Tout engagement unilatéral d'un État qui serait incompatible avec le statut de cet État serait à l'évidence dépourvu de validité juridique. Si, par exemple, un État neutre formulait un acte unilatéral qui était en contradiction avec ses engagements internationaux en matière de neutralité, cet acte ne serait pas valide.

590. À titre également d'observation générale sur l'article 5, on a émis l'avis que l'invalidation d'un traité ou d'un acte unilatéral constituait la plus extrême des sanctions juridiques possibles. Il existait d'autres moyens moins extrêmes par lesquels un système juridique pouvait condamner un acte, par exemple l'inopposabilité. Si le Conseil de sécurité imposait un embargo sur les armes et que certains États concluaient un accord ou formulaient un acte unilatéral à l'effet contraire, l'accord ou l'acte en question ne seraient pas frappés de nullité mais ne serait tout simplement pas mis en œuvre. Si une règle A prévalait sur une règle B, il n'en résultait pas nécessairement que la règle B était frappée de nullité. Selon la jurisprudence de la Cour européenne de justice, si une règle de droit interne était incompatible avec une règle de droit communautaire, la règle interne n'était pas considérée comme nulle, mais elle était simplement inapplicable dans certains cas déterminés.

591. Sur le plan de la rédaction, des membres ont suggéré que les différents motifs de nullité fassent l'objet d'un article distinct accompagné chacun d'un commentaire détaillé.

592. En ce qui concerne la formule liminaire de l'article 5, il a été suggéré de faire apparaître clairement que l'État invoquant la nullité d'un acte unilatéral était l'État qui avait formulé cet acte.

593. Au sujet du paragraphe 1, qui traite de l'erreur en tant que motif de nullité, l'attention a été appelée sur la nécessité de rédiger cette disposition en employant une terminologie différente de celle de la Convention de Vienne de 1969. Il a été suggéré à cet égard de ne pas utiliser le mot "consentement", qui relevait de la terminologie conventionnelle.

594. L'inclusion de la corruption au paragraphe 3 était opportune. La corruption, a-t-on dit, était universellement combattue par des instruments juridiques, tels que la Convention interaméricaine contre la corruption signée à Caracas. On s'est demandé toutefois s'il était nécessaire de limiter la corruption à "l'action directe ou indirecte d'un autre État". L'on ne pouvait écarter la possibilité que la personne formulant l'acte unilatéral soit corrompue par une autre personne ou une entreprise.

595. À propos du paragraphe 4 relatif à la contrainte, on 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 paragraphes étaient des cas de *negotium nullum*, on était dans le paragraphe en question en présence d'un cas de *non negotium*.

596. En ce qui concerne l'emploi ou la menace de l'emploi de la force traités au paragraphe 5 et le conflit avec une norme impérative du droit international qui faisait l'objet du paragraphe 6, on a fait observer qu'il s'agissait de motifs de nullité absolue découlant directement du droit international général et que, par conséquent, les actes évoqués dans ces deux paragraphes étaient nuls *ab initio*.

597. Pour ce qui est en particulier du paragraphe 6, il a été suggéré de calquer cette disposition non seulement sur l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités mais aussi sur l'article 64 de cette convention et de reprendre dans le projet la définition du *jus cogens*.

598. Des avis divergents ont été exprimés à propos du paragraphe 7 relatif aux actes unilatéraux qui contreviennent à une décision du Conseil de sécurité.

599. Certains membres ont appuyé ce paragraphe tout en estimant qu'il n'allait pas assez loin. Ainsi selon un des avis exprimés, il faudrait faire apparaître clairement dans ce paragraphe qu'un acte unilatéral devait être nul non seulement s'il contrevenait à une décision du Conseil de sécurité mais aussi s'il contrevenait à la Charte des Nations Unies. De plus, selon ce même avis, un acte devait être nul s'il contrevenait aux décisions des tribunaux internationaux. Un autre membre a émis l'avis qu'un acte unilatéral pouvait être frappé de nullité non seulement si, au moment de sa formulation, il contrevenait à une décision du Conseil de sécurité, mais aussi, à un stade ultérieur, si la décision du Conseil de sécurité avec laquelle l'acte était en conflit avait été prise après la formulation de l'acte en question. Selon un autre membre encore, l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, qui dit clairement qu'en cas de conflit les obligations en vertu de la Charte prévaudront, était applicable non seulement aux dispositions conventionnelles mais aussi aux actes unilatéraux incompatibles avec des obligations en vertu de la Charte.

600. Tout en appuyant en principe le paragraphe, des membres ont été d'avis qu'il faudrait en limiter la portée aux actes unilatéraux contrevenant à une décision du Conseil de sécurité prise en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

601. En revanche, un certain nombre de membres étaient vigoureusement opposés à l'inclusion de ce paragraphe. À leur avis, il n'y avait aucune raison d'agir dans ce domaine différemment de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui gardait un silence prudent sur ce point. Il était vrai que selon l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, en cas de conflit entre les obligations en vertu de la Charte et les obligations en vertu d'autres traités, les premières prévaudraient, mais cela ne voulait pas dire que le traité en question serait annulé mais seulement que certaines dispositions non conformes à la Charte ne seraient pas applicables. Ces membres ont souligné que le but de l'Article 103 n'était pas de frapper de nullité les obligations contractées en vertu de traités. Ces obligations pouvaient être suspendues lorsqu'une obligation au titre de la Charte était activée par une décision du Conseil de sécurité mais le traité n'en demeurait pas moins en vigueur et devenait de nouveau exécutoir lorsque la décision du Conseil de sécurité avait cessé de s'appliquer. De l'avis de ces membres, il en allait de même pour les actes unilatéraux.

602. La plupart des membres ont émis des doutes au sujet du paragraphe 8, relatif aux actes unilatéraux contraires à une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État qui en est l'auteur. Ces doutes étaient accrus pour certains membres par l'absence de commentaire

approprié expliquant le paragraphe. D'après l'un d'eux, cette disposition renvoyait au droit constitutionnel des États mais, dans un régime démocratique, les actes unilatéraux n'avaient pas nécessairement à être ratifiés par les parlements nationaux. Les actes unilatéraux visés dans le rapport étaient des actes formulés dans certains cas par le pouvoir exécutif, qui pouvaient avoir des effets sur des actes de caractère législatif ou sur la coordination entre les différents pouvoirs de l'État. De l'avis de certains membres, tel qu'il était rédigé, ce paragraphe 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 ce paragraphe 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.

603. Il a été suggéré de formuler le paragraphe de manière à mettre en évidence le fait que lorsque l'acte unilatéral avait été formulé, une norme d'importance fondamentale du droit interne ou constitutionnel concernant la faculté d'assumer des obligations internationales ou de formuler des actes juridiques sur le plan international avait été violée.

4. Conclusions du Rapporteur spécial

604. Le Rapporteur spécial, résumant le débat, a déclaré que l'importance du sujet avait été clairement réaffirmée, et le fait que le recours aux actes unilatéraux était de plus en plus fréquent dans les relations internationales généralement reconnu. Certains doutes avaient cependant été exprimés, tant au sein de la Commission que dans les réponses des gouvernements au questionnaire, sur la possibilité de définir des règles communes à tous les actes unilatéraux des États. Jusqu'à un certain point, le Rapporteur spécial partageait ces doutes. Pourtant, la définition et les règles générales de formulation de l'acte unilatéral figurant dans la première partie du rapport s'appliquaient à tous les actes unilatéraux. Les rapports ultérieurs contiendraient des règles spécifiques applicables aux divers actes unilatéraux, que le Rapporteur s'efforcerait de classer dans son rapport suivant. Il pourrait y avoir une catégorie comprenant les actes par lesquels les États assument des obligations et une autre recouvrant les actes par lesquels les États acquéraient, répudiaient ou réaffirmaient un droit. C'est le classement qui avait été suggéré par un membre. Comme un autre membre l'avait dit, une fois les actes classés en catégories, les effets juridiques et toutes les questions relatives à l'application, l'interprétation et la durée des actes par lesquels les États contractent des obligations pourraient être examinées.

605. Le Rapporteur spécial a proposé que les projets d'articles 1er à 4 soient renvoyés au Comité de rédaction pour examen à la lumière des observations faites sur chaque article, et le Groupe de travail devrait de son côté poursuivre son étude approfondie de l'article 5, relatif à la nullité, y compris l'idée de le faire précéder de dispositions relatives aux conditions de validité.

606. En ce qui concerne l'article premier, quelques membres ont discerné une évolution entre la démarche restrictive adoptée dans le premier rapport et la formulation actuelle, beaucoup plus large. C'était là une transition nécessaire, mais à cause d'elle, il se pourrait que la réaction des États à cet article soit différente de la position qu'ils avaient prise dans le questionnaire. On a laissé entendre que le Rapporteur spécial suivait de trop près la pente des réflexions de la Commission. Naturellement, il avait ses propres idées depuis le départ, mais il ne serait pas réaliste de chercher à les imposer. C'était l'effort pour parvenir à un consensus, quelle que soit

son opinion personnelle, qui comptait. À titre d'exemple, le Rapporteur spécial s'était incliné devant l'opinion majoritaire en supprimant de la définition certains termes qu'il lui avait paru utile de garder.

607. Des membres ont parlé d'un risque de tautologie à propos des termes "manifestation de volonté" et "intention" à l'article premier, mais il y avait une différence très tranchée entre le premier, qui était la réalisation effective de l'acte, et le second, qui était le sens donné par l'État à l'accomplissement de cet acte. Ils étaient complémentaires et devaient tous deux être maintenus.

608. La notion d'"effets juridiques" était plus large que les "obligations", visées dans son premier rapport, qui ne couvraient pas certains actes unilatéraux. Quelques membres l'avaient cependant jugée trop générale et dit qu'il convenait d'employer l'expression "droits et obligations". Ce point pourrait être examiné au Comité de rédaction.

609. Le projet d'articles visait la formulation d'actes unilatéraux par les États, mais cela ne signifiait pas qu'il fût impossible d'adresser ces actes, non seulement à d'autres États ou à la communauté internationale dans son ensemble, mais encore à des organisations internationales. D'où la question qui avait été posée de savoir pourquoi ils ne pourraient pas être destinés à d'autres entités. Elle était intéressante, encore que le Rapporteur spécial s'inquiétât quelque peu de la tendance que l'on observait dans tout le système des Nations Unies, et non pas seulement au sein de la Commission, à introduire dans les relations internationales des entités autres que les États. En réalité, le régime de la responsabilité s'appliquait aux seuls États, et il n'était peut-être pas indiqué que des entités autres que les États et les organisations internationales jouissent de certains droits en vertu des obligations contractées par un État. Ce point pourrait être examiné plus avant par le Groupe de travail.

610. Bien qu'une majorité de membres ait suggéré la suppression du terme "non équivoque", le Rapporteur spécial persistait à penser qu'il était utile et devrait être maintenu, ne serait-ce que dans le commentaire, pour expliquer la clarté avec laquelle la volonté doit être manifestée.

611. La formule "dont ... ont connaissance", préférée à la précédente mention de la publicité, était plus large et plus appropriée mais elle avait été contestée au motif qu'il était difficile de déterminer à quel moment un État avait connaissance de quelque chose. Selon une suggestion, le texte définitif de la disposition contenant cette formule devait être remplacé par un libellé emprunté à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités pour indiquer que l'acte était régi par le droit international.

612. Quelques membres avaient évoqué la possibilité de réinsérer un article relatif à la portée du projet, comme le Rapporteur spécial l'avait proposé dans son rapport précédent, et si la majorité des membres en était d'accord, cet article devrait être élaboré par le Comité de rédaction en parfaite conformité avec l'article premier, sur la définition de l'acte unilatéral. Il avait aussi été suggéré de réincorporer la clause de sauvegarde de l'article 3 du projet antérieur, qui visait à empêcher l'exclusion d'autres actes unilatéraux. Le Rapporteur spécial pensait cependant que la définition actuelle de l'acte unilatéral était suffisamment large.

613. L'article 2 n'avait fait l'objet d'aucune critique sur le fond.

614. Le paragraphe 2 de l'article 3 constituait une innovation, qui marquait un certain développement progressif du droit international en ce qu'il retenait la possibilité pour une personne autre que le Chef de l'État, le Chef du gouvernement ou le Ministre des affaires étrangères d'être considérée comme habilitée à agir au nom de l'État. Cette disposition paraissait avoir été généralement acceptée, mais le Comité de rédaction pourrait se pencher sur les questions qui avaient été soulevées à propos des formules "la pratique des États intéressés" et "d'autres circonstances".

615. À l'article 4, l'emploi du mot "expressément" rendait cette disposition plus restrictive que son équivalent dans la Convention de Vienne de 1969. Il avait donné lieu à quelques commentaires, la majorité des membres étant favorable à un réaligement sur cet instrument. C'était aussi là un point qui pourrait être examiné au Groupe de travail.

616. L'article 5, sur la nullité de l'acte unilatéral, serait examiné à fond par le Groupe de travail. Un membre avait fait la très intéressante suggestion de ne pas s'en tenir, au paragraphe 7 de cet article, à la simple mention d'une décision du Conseil de sécurité et de préciser qu'il s'agissait d'une décision prise en vertu du chapitre VII de la Charte. L'omission de cette précision était délibérée de la part du Rapporteur spécial, parce qu'ainsi le paragraphe couvrirait aussi les décisions que le Conseil de sécurité prenait lorsqu'il établissait des commissions d'enquête en vertu du chapitre VI. Cela également pouvait être discuté. Un membre avait évoqué la nécessité d'indiquer qui pouvait invoquer la nullité d'un acte et donc de distinguer les diverses causes de nullité.

617. L'estoppel et le silence avaient donné lieu à un certain nombre de commentaires. S'il n'y avait sans doute guère de raison de les faire figurer dans les textes relatifs à la formulation de l'acte unilatéral, le Rapporteur spécial pensait qu'ils devaient en revanche être traités dans le contexte du comportement de l'État et par conséquent trouver place dans la seconde partie, consacrée aux effets juridiques de l'acte unilatéral.

618. En réponse à la question de savoir si l'on pouvait dégager une tendance des réponses des gouvernements au questionnaire (A/CN.4/511), le Rapporteur spécial dit que certaines des réponses critiquaient le traitement du sujet, mais avaient été très utiles, et il serait tenu compte dans la seconde partie du rapport de la suggestion de présenter un additif aux commentaires.

619. À l'issue du débat, la Commission a décidé de réunir de nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États. Elle a aussi décidé de renvoyer les projets d'articles 1er à 4 au Comité de rédaction et le projet d'article 5 au Groupe de travail pour qu'il le réexamine.

5. Création du Groupe de travail

620. Le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États a tenu deux séances préliminaires pendant la première partie de la session de la Commission, les 19 et 20 mai 2000. Compte tenu de la nécessité de progresser sur d'autres sujets, le Groupe de travail n'a pas été en mesure de tenir d'autres séances et n'a pas pu en particulier examiner le projet d'article 5 sur la nullité de l'acte unilatéral qui lui avait été renvoyé.

621. Le Groupe de travail a indiqué que même, si, en raison des circonstances susmentionnées, il n'avait pas été possible de tirer des conclusions finales des débats tenus au cours de ces deux séances, les points suivants relatifs aux travaux futurs sur le sujet avaient bénéficié d'un solide appui :

a) Les actes unilatéraux dont il faudrait traiter sont des actes non dépendants en ce sens que les effets juridiques qu'ils produisent ne sont pas déterminés à l'avance par le droit classique ou coutumier mais sont établis, quant à leur nature et à leur portée, par la volonté de l'État auteur.

b) Le projet d'articles pourrait s'articuler autour de la distinction entre les règles générales qui peuvent être applicables à tous les actes unilatéraux et les règles spécifiques applicables à des catégories individuelles d'actes unilatéraux.

c) Le Rapporteur spécial pourrait dans le cadre de l'étude des catégories spécifiques d'actes unilatéraux se concentrer tout d'abord sur les actes qui créent des obligations pour l'État auteur (promesses) sans préjudice de la reconnaissance de l'existence d'autres catégories d'actes unilatéraux telles que la protestation, la renonciation et la reconnaissance, qui pourraient être abordées à un stade ultérieur.

d) Par la suite, une attention particulière devrait être accordée à la pratique des États. Le Rapporteur spécial et le secrétariat pourraient, dans la mesure du possible, continuer à s'efforcer de recueillir des exemples de la pratique des États. En outre, étant donné que seuls 12 États avaient répondu au questionnaire envoyé aux gouvernements par le secrétariat en 1999 et que, dans leur réponse, la plupart de ces États formulaient des observations sur les divers points du questionnaire sans donner suffisamment de renseignements sur leur pratique, le secrétariat pourrait envoyer un rappel aux gouvernements qui n'avaient pas encore répondu au questionnaire en leur demandant plus particulièrement de fournir des informations sur leur pratique.

622. La Commission n'a pas eu le temps d'examiner le rapport du Groupe de travail. Elle a convenu toutefois qu'il serait utile de connaître les vues des gouvernements sur les points énoncés plus haut aux alinéas a), b) et c) et que le secrétariat devrait agir dans le sens indiqué à l'alinéa d).

CHAPITRE VII

LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

A. Introduction

623. Par sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission du droit international d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé "Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités".

624. À sa quarante-sixième session, en 1994, la Commission a nommé M. Alain Pellet Rapporteur spécial pour ce sujet¹²⁸.

625. À sa quarante-septième session, en 1995, la Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial¹²⁹.

626. À l'issue de cet examen, le Rapporteur spécial a résumé les conclusions qu'il tirait des débats de la Commission sur le sujet; celles-ci avaient trait au titre du sujet, qui devrait se lire dorénavant "Les réserves aux traités", à la forme du résultat de l'étude, qui devrait se présenter comme un guide de la pratique en matière de réserves, à la souplesse avec laquelle les travaux de la Commission sur le sujet devraient être conduits et au consensus qui s'était dégagé au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986¹³⁰. De l'avis de la Commission, ces conclusions constituaient le résultat de l'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale dans ses résolutions 48/31 du 9 décembre 1993 et 49/51 du 9 décembre 1994. Quant au Guide de la pratique, il se présenterait sous la forme de projets de directives accompagnés de commentaires, qui seraient utiles pour la pratique des États et des organisations internationales; ces directives seraient, au besoin, accompagnées de clauses types.

627. En 1995, conformément à sa pratique antérieure¹³¹, la Commission a autorisé le Rapporteur spécial à établir un questionnaire détaillé sur les réserves aux traités pour s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les États et les organisations internationales, particulièrement celles qui étaient dépositaires de conventions multilatérales. Ce questionnaire a

¹²⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément No 10 (A/49/10)*, par. 382.

¹²⁹ A/CN.4/470 et Corr.1.

¹³⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément No 10 (A/50/10)*, par. 491.

¹³¹ Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1993, vol. II (deuxième partie), par. 286.

été adressé à ses destinataires par le secrétariat. Le 11 décembre 1995, dans sa résolution 50/45, l'Assemblée générale a pris note des conclusions de la Commission et invité celle-ci à poursuivre ses travaux selon les modalités indiquées dans son rapport, et elle a aussi invité les États à répondre au questionnaire¹³².

628. À sa quarante-huitième session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹³³. Le Rapporteur spécial avait annexé à son rapport un projet de résolution de la Commission du droit international sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, établi à l'intention de l'Assemblée générale en vue d'appeler l'attention sur les données juridiques du problème et de les clarifier¹³⁴. Toutefois, faute de temps, la Commission n'a pas pu examiner le rapport et le projet de résolution, encore que certains membres aient exprimé leurs vues sur le rapport. En conséquence, la Commission a décidé de reporter le débat sur ce sujet à l'année suivante.

629. À sa quarante-neuvième session, la Commission était à nouveau saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet.

630. À l'issue du débat, la Commission a adopté des conclusions préliminaires sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme¹³⁵.

631. Dans sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a pris note des conclusions préliminaires de la Commission ainsi que du fait que celle-ci avait invité tous les organes créés par des traités multilatéraux normatifs qui souhaiteraient le faire à formuler par écrit leurs commentaires et observations sur ces conclusions, et elle a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importait qu'ils communiquent à la Commission du droit international leurs vues sur les conclusions préliminaires.

632. À sa cinquantième session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹³⁶, qui était consacré à la définition des réserves aux traités et des

¹³² Au 27 juillet 2000, 33 États et 24 organisations internationales avaient répondu au questionnaire.

¹³³ A/CN.4/477 et Add.1.

¹³⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément No 10 (A/51/10)*, par. 137.

¹³⁵ *Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément No 10 (A/52/10)*, par. 157.

¹³⁶ A/CN.4/491 et Corr.1 (anglais seulement), A/CN.4/491/Add.1, Add.2 et Corr.1, Add.3 et Corr.1 (chinois, français et russe seulement), Add.4 et Corr.1, Add.5 et Add.6 et Corr.1.

déclarations interprétatives de traités. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire six projets de directives¹³⁷.

633. À la cinquante et unième session, la Commission était à nouveau saisie de la partie du troisième rapport du Rapporteur spécial qu'elle n'avait pas eu le temps d'examiner à la cinquantième session, ainsi que de son quatrième rapport sur le sujet¹³⁸. À ce rapport était en outre annexée la bibliographie révisée du sujet, dont le Rapporteur spécial avait soumis en 1996 une première version, jointe à son deuxième rapport¹³⁹. Le quatrième rapport traitait aussi de la définition des réserves et déclarations interprétatives.

634. Sur la recommandation du Comité de rédaction, la Commission a, à la même session, adopté en première lecture les projets de directives 1.1.5 [1.1.6]¹⁴⁰ ("Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur"), 1.1.6 ("Déclarations visant à s'acquitter d'une obligation par équivalence), 1.2 ("Définition des déclarations interprétatives"), 1.2.1 [1.2.4] ("Déclarations interprétatives conditionnelles"), 1.2.2 [1.2.1] ("Déclarations interprétatives formulées conjointement"), 1.3 ("Distinction entre réserves et déclarations interprétatives"), 1.3.2 [1.2.2] ("Libellé et désignation"), 1.3.3 [1.2.3] ("Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite"), 1.4 ("Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives"), 1.4.1 [1.1.5] ("Déclarations visant à assumer des engagements unilatéraux"), 1.4.2 [1.1.6] ("Déclarations unilatérales visant à ajouter des éléments supplémentaires à un traité"), 1.4.3 [1.1.7] ("Déclarations de non-reconnaissance"), 1.4.4 [1.2.5] ("Déclarations de politique générale"), 1.4.5 [1.2.6] ("Déclarations relatives à la mise en œuvre d'un traité au plan interne"), 1.5.1 [1.1.9] ("Réserves aux traités bilatéraux"), 1.5.2 [1.2.7] ("Déclarations interprétatives de traités bilatéraux") et 1.5.3 [1.2.8] ("Effet juridique de l'acceptation de la déclaration interprétative d'un traité bilatéral par l'autre partie"), ainsi que les commentaires y afférents. En outre, à la lumière de l'examen des déclarations interprétatives, elle a adopté une nouvelle version du projet de directive 1.1.1 [1.1.4] et du projet de directive sans titre ni numéro (devenue le projet de directive 1.6 (Portée des définitions)).

¹³⁷ Voir Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément No 10 (A/53/10)*, par. 540.

¹³⁸ A/CN.4/499.

¹³⁹ A/CN.4/478/Rev.1.

¹⁴⁰ La numérotation figurant entre crochets correspond à la numérotation originale des projets de directives proposés par le Rapporteur spécial.

B. Examen du sujet à la présente session

1. Première partie du cinquième rapport

635. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet (A/CN.4/508 et Add.1 à 4) portant d'une part sur les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives et d'autre part sur la formulation, la modification et le retrait des réserves et des déclarations interprétatives. Elle a examiné la première partie du cinquième rapport du Rapporteur spécial, contenue dans les documents A/CN.4/508 et Add.1 et 2 à ses 2630^{ème}, 2631^{ème}, 2632^{ème}, et 2633^{ème} séances, les 31 mai et 2, 6 et 7 juin 2000.

636. À ses 2632^{ème} et 2633^{ème} séances, les 6 et 7 juin, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 1.1.8 (Réserves formulées en vertu de clauses d'exclusion), 1.4.6 (Déclarations unilatérales formulées en vertu d'une clause facultative), 1.4.7 (Restrictions figurant dans les déclarations unilatérales adoptées en vertu d'une clause facultative), 1.4.8 (Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité), 1.7.1 (Alternatives aux réserves), 1.7.2 (Variété des procédés permettant de moduler les effets des dispositions d'un traité), 1.7.3 (Clauses restrictives), 1.7.4 (["Réserves bilatéralisées"]) ["Accords entre États ayant le même objet que des réserves"]) et 1.7.5 (Alternatives aux déclarations interprétatives)¹⁴¹.

637. À sa 2640^{ème} séance, le 14 juillet 2000, la Commission a examiné et adopté, en première lecture, les projets de directives 1.1.8 (Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion), 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] (Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative), 1.4.7 [1.4.8] (Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité), 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] (Alternatives aux réserves) et 1.7.2 [1.7.5] (Alternatives aux déclarations interprétatives). Le texte de ces projets de directives et des commentaires s'y rapportant est reproduit ci-dessous dans la section C.

2. Deuxième partie du cinquième rapport

638. Faute de temps, la Commission a reporté l'examen de la deuxième partie du cinquième rapport du Rapporteur spécial contenue dans les documents A/CN.4/508/Add.3 et Add.4, que le Rapporteur spécial a présentés à la 2651^{ème} séance, le 3 août 2000, et dont on trouvera un résumé ci-après.

639. Le Rapporteur spécial a expliqué que la première partie du cinquième rapport traitait des alternatives aux réserves, à savoir les différentes techniques de modulation ou d'interprétation des engagements conventionnels qu'elles fussent de nature conventionnelle ou unilatérale, se rattachant ainsi au chapitre consacré aux définitions. Les projets de directives adoptés par la Commission au cours de cette session étaient le fruit de cette réflexion sur des techniques

¹⁴¹ Pour le texte de ces projets de directives, voir le document A/CN.4/508/Add.1 et Add.2.

juridiques dont les résultats étaient très proches de ceux de réserves et complétaient ainsi le chapitre de définitions.

640. En revanche la deuxième partie du cinquième rapport traitait de questions de procédure relatives aux réserves et aux déclarations interprétatives, en commençant par leur formulation.

641. Le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission s'était déjà occupée du moment où les réserves et les déclarations interprétatives sont formulées, lors de l'élaboration des projets de directives concernant leur définition, notamment les projets de directives 1.1 (Définition des réserves) et 1.1.2 (Cas dans lesquels une réserve peut être formulée) en raison de l'inclusion des précisions temporelles dans la définition donnée par les Conventions de Vienne que ces projets de directives reprennent ou du projet de directive 1.2.1 (Déclarations interprétatives conditionnelles) qui aligne à cet égard la définition des déclarations interprétatives conditionnelles sur celle des réserves. Ces précisions cependant n'épuisaient pas tous les problèmes suscités par le moment où la réserve (ou la déclaration interprétative) peut (ou doit) être formulée et c'était justement aux questions laissées en suspens que cette partie de son cinquième rapport était consacrée.

642. Le Rapporteur spécial a, tout d'abord, indiqué les problèmes que son rapport n'abordait pas :

- Suivant son plan initial¹⁴², son rapport traitait des aspects strictement procéduraux de la formulation des réserves et des déclarations interprétatives, excluant les conséquences ou les effets d'une procédure irrégulière par exemple; ceux-ci seraient abordés au cours de l'examen de la question de la licéité des réserves.
- Ensuite le rapport concernait uniquement la formulation des réserves (et des déclarations interprétatives) et non pas la question de la régularité ou de l'irrégularité de cette formulation.

643. S'agissant par ailleurs de l'utilisation des termes "faire" ou "formuler" des réserves, le Rapporteur spécial a expliqué que le premier terme se référait aux réserves, se suffisant à elles-mêmes, complétées en quelque sorte et produisant des effets, tandis que le second se référait plutôt à des "propositions" de réserves, des réserves dont toutes les conditions d'établissement afin qu'elles produisent tous leurs effets (quels qu'ils soient) ne sont pas réunis. C'est dans ce sens-là et pas du tout fortuitement que les deux termes sont utilisés dans la Convention de Vienne de 1969 (art. 19 à 23) sauf, sans doute, dans l'article 2 d) où le verbe "faire" semble utilisé à mauvais escient.

644. Cette partie du rapport ne s'occupait que du moment de la formulation et non de la modification des réserves. De l'avis du Rapporteur spécial, la modification des réserves

¹⁴² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément No 10 (A/51/10)*, par. 114, p. 210.

constituant dans la majorité des cas un retrait atténué, elle devrait être examinée en même temps que le retrait des réserves.

645. Se tournant ensuite vers la présentation des projets de directives inclus dans les additifs 3 et 4 à son cinquième rapport, le Rapporteur spécial a commencé par le projet de directive 2.2.1 "Formulation des réserves à la signature et confirmation formelle"¹⁴³. Ce projet de directive reprend le deuxième paragraphe de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986; ceci correspond au caractère "pratique" du Guide et est conforme à la décision de la Commission de ne pas modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne¹⁴⁴.

646. Le Rapporteur spécial a précisé que le principe de la confirmation formelle de la réserve au moment de l'examen du consentement à être lié relevait, lors de la Conférence de Vienne de 1968-1969, plutôt du développement progressif du droit international mais qu'il avait, depuis lors évolué en une règle généralement acceptée et suivie dans la pratique dominante. Il présentait des avantages mais aussi quelques inconvénients.

647. Parmi les premiers, il a souligné le souci de clarté que cette règle apportait aux relations conventionnelles ainsi que la sécurité et la précision. En revanche, la règle comportait un risque de décourager les États (et les organisations internationales) de formuler des réserves lors de l'adoption ou de la signature d'un traité indiquant ainsi assez tôt aux autres Parties (potentielles) l'étendue exacte des engagements qu'ils auraient l'intention d'assumer.

648. À la lumière de ces considérations, le Rapporteur spécial s'était demandé s'il ne serait pas approprié de reformuler le texte de l'article 23, paragraphe 2, des Conventions de Vienne; il a décidé finalement de reprendre le texte de la Convention de 1986 (qui avait l'avantage, par rapport au texte de 1969, de comprendre aussi les organisations internationales) quitte à apporter les précisions nécessaires dans les projets de directives suivants. Quant aux situations de succession d'États, le Rapporteur spécial a rappelé que toutes les questions relatives à ces situations seraient traitées dans un chapitre à part du Guide de la pratique et, par conséquent, il n'y avait pas lieu de les mentionner dans ce projet.

¹⁴³ Ce projet de directive est libellé comme suit :

2.2.1 Formulation des réserves à la signature et confirmation formelle

Lorsqu'elle est formulée lors de la signature du 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. En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

A/CN.4/508/Add.3, par. 251.

¹⁴⁴ Voir *Annuaire ... 1995*, vol. II (Deuxième partie), par. 487.

649. C'était justement afin de compléter et de préciser davantage le texte des Conventions de Vienne que le Rapporteur spécial proposait le projet de directive 2.2.2 (Formulation des réserves lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité et confirmation formelle)¹⁴⁵. Le Rapporteur spécial a rappelé que ce projet de directive reprenait essentiellement ce que la Commission du droit international avait envisagé dans le projet d'article 19 (devenu l'article 23 de la Convention de 1969) et qui avait malheureusement et "mystérieusement" disparu au cours de la Conférence de Vienne. Le projet de directive était d'autant plus justifié qu'il répondait à la pratique courante où des déclarations exprimant une réserve se font à diverses étapes de la conclusion d'un traité.

650. Le projet de directive 2.2.3 (Non-confirmation des réserves formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature])¹⁴⁶ découlait logiquement des projets antérieurs et avait également sa place dans le Guide de la pratique étant donné le caractère pédagogique et utilitaire de celui-ci¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Ce projet de directive est libellé comme suit :

2.2.2 Formulation des réserves lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité et confirmation formelle

Lorsqu'elle est formulée lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité, 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.

En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

A/CN.4/508/Add.3, par. 256.

¹⁴⁶ Ce projet de directive est libellé comme suit :

2.2.3 Non-confirmation des réserves formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature]¹⁴⁴

Une réserve formulée lors de la signature d'un [accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature] ne nécessite aucune confirmation ultérieure.

Ibid., par. 260.

¹⁴⁷ Les alternatives proposées dans le titre et la rédaction de ce projet tenaient au fait que la notion d'accord en forme simplifiée semble plus couramment reçue dans les systèmes juridiques latins que dans les systèmes de *common law*.

651. Le projet de directive 2.2.4 (Réserves à la signature expressément prévues par le traité)¹⁴⁸ répond également à une nécessité logique et consacre une pratique courante quoique parfois un peu incertaine. Si le traité prévoit¹⁴⁹ qu'une réserve peut être faite à la signature, il n'est pas nécessaire qu'elle soit confirmée au moment de l'expression du consentement à être lié bien que, par excès de prudence, certains États l'aient fait. Le but justement de ce projet de directive est de lever ces incertitudes en consacrant la pratique dominante.

652. Le Rapporteur spécial a ensuite abordé le problème important des réserves tardives qui est à l'origine du projet de directive 2.3.1 (Formulation tardive d'une réserve)¹⁵⁰.

653. Étant donné que, sauf disposition contraire du traité, le dernier moment où des réserves peuvent être faites est celui de l'expression du consentement à être lié¹⁵¹; il s'ensuit que des réserves formulées après ce moment sont normalement irrecevables. La rigueur de ce principe est attestée par la jurisprudence comme en témoignent plusieurs affaires tranchées par diverses juridictions internationales ou même nationales¹⁵². Il en résulte notamment que les États ne

¹⁴⁸ Ce projet de directive est libellé comme suit :

2.2.4 Réserves à la signature expressément prévues par le traité

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément la faculté pour un État ou une organisation internationale de formuler une réserve à ce stade, ne nécessite pas une confirmation formelle au moment où l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié.

A/CN.4/508/Add.3, par. 264.

¹⁴⁹ Comme, parmi de nombreux exemples, la Convention du Conseil de l'Europe de 1963 sur la réduction des cas de pluralité de nationalités.

¹⁵⁰ Ce projet de directive est libellé comme suit :

2.3.1 Formulation tardive d'une réserve

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale ne peut formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité à moins que la formulation tardive de la réserve ne suscite aucune objection de la part des autres Parties contractantes.

A/CN.4/508/Add.4, par. 310.

¹⁵¹ Voir affaire relative à des "Actions armées frontalières et transfrontalières, CIJ Recueil 1988, p. 85".

¹⁵² Voir Tribunal fédéral suisse : *Elisabeth B. c. Conseil d'État du Canton de Thurgovie* - Décision du 17 décembre 1992, *Journal des Tribunaux*, 1993, p. 536.

sauraient le contourner ni par le biais de l'interprétation d'une réserve faite antérieurement¹⁵³ ni par celui de restrictions ou conditions incluses dans une déclaration faite en vertu d'une clause facultative¹⁵⁴. Ce sont ces conséquences du principe excluant les réserves tardives que consacre un autre projet de directive (2.3.4) (Exclusion ou modification tardive des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves)¹⁵⁵.

654. Pour rigoureux qu'il soit, ce principe n'est cependant pas absolu; il peut être tenu en échec par consentement unanime (même tacite) des autres parties au traité. Le Rapporteur spécial a cité à cet égard des exemples des traités prévoyant la possibilité des réserves faites après l'expression du consentement à être lié¹⁵⁶ dont, par ailleurs, il s'est inspiré pour la rédaction des clauses types¹⁵⁷ accompagnant le projet de directive 2.3.1.

655. D'autre part, il a aussi cité la pratique de plusieurs dépositaires en commençant par celle du Secrétaire général des Nations Unies (ainsi que d'autres dépositaires comme l'Organisation maritime internationale, le Conseil de l'Europe, le Conseil de coopération douanière) qui reflète le principe de l'unanimité du consentement tacite (exiger une acceptation expresse aboutirait à paralyser complètement le système de réserves tardives) des autres parties contractantes à la formulation d'une réserve tardive et, par conséquent, de la mise à l'écart de la règle normale d'irrecevabilité qui n'est pas de caractère impératif. Cette attitude souple des dépositaires a sans doute permis, dans certains cas, d'éviter la dénonciation pure et simple du traité en cause.

¹⁵³ Voir l'avis de 1983 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire des *Restrictions à la peine de mort*.

¹⁵⁴ Voir La position prise par la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Chrysostomos et Loizidou*.

¹⁵⁵ Ce projet de directive est libellé comme suit :

2.3.4 Exclusion ou modification tardive des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves

Sauf disposition contraire du traité, une partie contractante à un traité ne peut exclure ou modifier l'effet juridique de dispositions du traité par le biais :

- a) de l'interprétation d'une réserve faite antérieurement; ou
- b) d'une déclaration unilatérale faite en vertu d'une clause facultative.

A/CN.4/508/Add.3, par. 286.

¹⁵⁶ Voir A/CN.4/508/Add.3, par. 289.

¹⁵⁷ Conformément à l'intention que la Commission avait exprimée en 1995 – Voir *Annuaire ...1995*, vol. II (Deuxième partie), p. 113, par. 491 b).

656. En effet, c'est vers la fin des années 70 que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a inauguré sa pratique actuelle en impartissant aux parties un délai de 90 jours pour objecter à une réserve tardive. Le Secrétaire général ayant récemment étendu ce délai à 12 mois, le Rapporteur spécial proposait à la Commission de s'aligner sur ce délai (projet de directive 2.3.2 (Acceptation de la formulation tardive d'une réserve))¹⁵⁸, tout en notant qu'il pouvait sembler un peu long du fait de l'incertitude ainsi entretenue sur le sort de la réserve tardive.

657. Il résulte également de cette pratique qu'une seule objection à la formulation d'une réserve tardive empêche celle-ci de produire ses effets, ce que traduit le projet de directive 2.3.3 (Objection à la formulation tardive d'une réserve)¹⁵⁹. Bien qu'il ait été suggéré en doctrine que les objections aux réserves tardives auraient le même effet que les objections aux réserves formulées "à temps" et qu'une objection n'empêcherait la réserve tardive de produire ses effets qu'entre l'État réservataire et l'État objectant, le Rapporteur spécial ne partageait pas cet avis. En effet, une telle conception aboutirait à la négation de toutes les règles relatives aux limites temporelles des réserves et, *in fine*, à la mise en question du principe "*pacta sunt servanda*". En outre, elle ne correspond pas à la pratique suivie par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qui considère qu'une seule objection suffit pour que la réserve ne puisse pas être déposée. Cette pratique est reflétée au projet de directive 2.3.3.

¹⁵⁸ Ce projet de directive est libellé comme suit :

2.3.2 Acceptation de la formulation tardive d'une réserve

À moins que le traité n'en dispose autrement ou que la pratique habituellement suivie par le dépositaire soit différente, la formulation tardive d'une réserve est réputée avoir été acceptée par une Partie contractante si celle-ci n'a pas formulé d'objection à cette formulation à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle ils en ont reçu notification.

A/CN.4/508/Add.4, par. 325.

¹⁵⁹ Ce projet de directive est libellé comme suit :

2.3.3 Objection à la formulation tardive d'une réserve

Si une Partie contractante à un traité fait objection à la formulation d'une réserve tardive, le traité entre ou demeure en vigueur à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée sans que la réserve soit établie.

A/CN.4/508/Add.4, par. 313.

658. Le Rapporteur spécial a relevé qu'en principe les déclarations interprétatives, sauf disposition contraire du traité¹⁶⁰ peuvent être formulées à tout moment. Ceci correspondait d'ailleurs à la définition des déclarations interprétatives (projet de directive 1.2) où ne figure aucun élément temporel et était l'objet du projet de directive 2.4.3 (Moments auxquels une déclaration interprétative peut être formulée)¹⁶¹. En revanche les projets de directives 2.4.6 (Déclarations interprétatives à la signature expressément prévues par le traité) et 2.4.7 (Déclarations interprétatives tardives) réglementent les cas où le traité lui-même comporte une clause limitative à cet égard¹⁶².

¹⁶⁰ Il en existe de nombreux exemples : voir l'article 310 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer, ou l'article 43 de l'Accord de 1995 aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchant et stocks de poissons grands migrateurs).

¹⁶¹ Ce projet de directive est libellé comme suit :

2.4.3 Moments auxquels une déclaration interprétative peut être formulée

Sous réserve des dispositions des directives 1.2.1, 2.4.4, 2.4.7 et 2.4.8, une déclaration interprétative peut être formulée à tout moment à moins [qu'une disposition expresse du traité n'en dispose autrement] [que le traité ne dispose qu'elle ne peut être faite qu'à des moments spécifiés].

A/CN.4/508/Add.3, par. 278.

¹⁶² Ces projets de directives sont libellés comme suit :

2.4.6 Déclarations interprétatives à la signature expressément prévues par le traité :

Une déclaration interprétative formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément la faculté pour un État ou une organisation internationale de formuler une telle déclaration à ce stade, ne nécessite pas une confirmation formelle au moment où l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié.

A/CN.4/508/Add.3, par. 273.

2.4.7 Déclarations interprétatives tardives

Lorsqu'un traité dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite qu'à des moments spécifiés, un État ou une organisation internationale ne peut formuler une déclaration interprétative de ce traité à un autre moment à moins que la formulation tardive de la déclaration interprétative ne suscite aucune objection de la part des autres Parties contractantes.

A/CN.4/508/Add.4, par. 331.

659. Quant aux déclarations interprétatives conditionnelles, le Rapporteur spécial pensait que, vu leur caractère, qui les rapproche considérablement des réserves¹⁶³, les règles posées par les projets de directives 2.3.1 à 2.3.3, en matière de réserves, pourraient être transposées aux déclarations interprétatives conditionnelles. Les projets de directives 2.4.4 (Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification ou à la signature du texte du traité et confirmation formelle) et 2.4.8 (Déclarations interprétatives conditionnelles tardives) mettaient en œuvre cette conséquence logique¹⁶⁴.

660. Le Rapporteur spécial, en terminant sa présentation, a proposé que les 14 projets de directives figurant dans cette partie du cinquième rapport soient renvoyés au Comité de rédaction.

661. Faute de temps, la Commission n'a pas pu examiner cette partie du rapport ni les projets de directives et de clauses types correspondants. Elle a décidé de reporter le débat sur ce sujet à l'année suivante.

¹⁶³ Voir le paragraphe 14 du commentaire du projet de directive 1.2.1, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Supplément No 10 (A/54/10)*, p. 201.

¹⁶⁴ Ces projets de directives sont libellés comme suit :

2.4.4 Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification ou à la signature du texte du traité et confirmation formelle

Lorsqu'elle est formulée lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité ou lors de la signature du traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, une déclaration interprétative conditionnelle 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. En pareil cas, la déclaration sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

A/CN.4/508/Add.3, par. 272.

2.4.8 Déclarations interprétatives conditionnelles tardives

Un État ou une organisation internationale ne peut formuler une déclaration interprétative conditionnelle d'un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité à moins que la formulation tardive de la déclaration ne suscite aucune objection de la part des autres Parties contractantes.

A/CN.4/508/Add.4, par. 331.

C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés à titre provisoire par la Commission en première lecture

1. Texte des projets de directives

662. Le texte des projets de directives adoptés à titre provisoire par la Commission à ses cinquantième, cinquante et unième et cinquante-deuxième sessions est reproduit ci-après :

LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

Guide de la pratique

1. Définitions

1.1. Définition des réserves¹⁶⁵

L'expression "réserve" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation.

1.1.1 [1.1.4]¹⁶⁶ Objet des réserves¹⁶⁷

Une réserve vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui la formule.

¹⁶⁵ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément No 10 (A/53/10)*, p. 214 à 216.

¹⁶⁶ Les numéros entre crochets renvoient à la numérotation adoptée dans les rapports du Rapporteur spécial.

¹⁶⁷ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, p. 169 à 174.

1.1.2 Cas dans lesquels une réserve peut être formulée¹⁶⁸

Les cas dans lesquels une réserve peut être formulée en vertu de la directive 1.1 incluent l'ensemble des modes d'expression du consentement à être lié par un traité mentionnés à l'article 11 des Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986.

1.1.3 [1.1.8] Réserves à portée territoriale¹⁶⁹

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure l'application d'un traité ou de certaines de ses dispositions à un territoire auquel ce traité serait appliqué en l'absence d'une telle déclaration constitue une réserve.

1.1.4 [1.1.3] Réserves formulées à l'occasion d'une notification d'application territoriale¹⁷⁰

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité à l'égard d'un territoire au sujet duquel il fait une notification d'application territoriale du traité constitue une réserve.

1.1.5 [1.1.6] Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur¹⁷¹

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité par laquelle son auteur vise à limiter les obligations que lui impose le traité constitue une réserve.

1.1.6 Déclarations visant à s'acquitter d'une obligation par équivalence¹⁷²

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale, au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à s'acquitter d'une obligation en vertu du traité d'une manière différente de celle imposée par le traité mais équivalente, constitue une réserve.

¹⁶⁸ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session*, supplément No 10 (A/53/10), p. 221 à 224.

¹⁶⁹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 224 à 227.

¹⁷⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 227 et 228.

¹⁷¹ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10* (A/54/10), p. 174 à 178.

¹⁷² Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 179.

1.1.7 [1.1.1] Réserves formulées conjointement¹⁷³

La formulation conjointe d'une réserve par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette réserve.

1.1.8 Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion¹⁷⁴

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, en conformité avec une clause autorisant expressément les parties ou certaines d'entre elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à ces parties, constitue une réserve.

1.2 Définition des déclarations interprétatives¹⁷⁵

L'expression "déclaration interprétative" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions.

1.2.1 [1.2.4] Déclarations interprétatives conditionnelles¹⁷⁶

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation internationale subordonne son consentement à être lié par ce traité à une interprétation spécifiée du traité ou de certaines de ses dispositions constitue une déclaration interprétative conditionnelle.

¹⁷³ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément No 10 (A/53/10)*, p. 228 à 231.

¹⁷⁴ Pour le commentaire, voir section 2 ci-après.

¹⁷⁵ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, p. 180 à 184.

¹⁷⁶ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 194 à 202.

1.2.2 [1.2.1] Déclarations interprétatives formulées conjointement¹⁷⁷

La formulation conjointe d'une déclaration interprétative par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette déclaration interprétative.

1.3 Distinction entre réserves et déclarations interprétatives¹⁷⁸

La qualification d'une déclaration unilatérale comme réserve ou déclaration interprétative est déterminée par l'effet juridique qu'elle vise à produire.

1.3.1 Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives¹⁷⁹

Pour déterminer si une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au sujet d'un traité est une réserve ou une déclaration interprétative, il convient d'interpréter cette déclaration de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, à la lumière du traité sur lequel elle porte. Il sera dûment tenu compte de l'intention de l'État ou de l'organisation internationale concerné à l'époque où la déclaration a été formulée.

1.3.2 [1.2.2] Libellé et désignation¹⁸⁰

Le libellé ou la désignation donné à une déclaration unilatérale constitue un indice de l'effet juridique visé. Il en va ainsi en particulier lorsqu'un État ou une organisation internationale formule plusieurs déclarations unilatérales au sujet d'un même traité et en désigne certaines comme étant des réserves et d'autres comme étant des déclarations interprétatives.

1.3.3 [1.2.3] Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite¹⁸¹

Lorsqu'un traité interdit les réserves à l'ensemble de ses dispositions ou à certaines d'entre elles, une déclaration unilatérale formulée à leur sujet par un État ou une organisation internationale est réputée ne pas constituer une réserve, sauf si elle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers dans leur application à son auteur.

¹⁷⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 202 à 204.

¹⁷⁸ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 205 et 206.

¹⁷⁹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 206 à 211.

¹⁸⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 212 à 216.

¹⁸¹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 216 à 218.

1.4 Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives¹⁸²

Les déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité, qui ne sont ni des réserves ni des déclarations interprétatives, n'entrent pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.1 [1.1.5] Déclarations visant à assumer des engagements unilatéraux¹⁸³

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale en relation avec un traité par laquelle son auteur vise à assumer des obligations allant au-delà de celles que lui impose le traité constitue un engagement unilatéral qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.2 [1.1.6] Déclarations unilatérales visant à ajouter des éléments supplémentaires à un traité¹⁸⁴

Une déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale vise à ajouter des éléments supplémentaires à un traité constitue une proposition de modification du contenu de celui-ci qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.3 [1.1.7] Déclarations de non-reconnaissance¹⁸⁵

Une déclaration unilatérale par laquelle un État indique que sa participation à un traité n'implique pas la reconnaissance d'une entité non reconnue par lui constitue une déclaration de non-reconnaissance qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique, même lorsqu'elle vise à exclure l'application du traité entre l'État déclarant et l'entité non reconnue.

1.4.4 [1.2.5] Déclarations de politique générale¹⁸⁶

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation exprime ses vues au sujet d'un traité ou du domaine couvert par celui-ci, sans viser à avoir un effet juridique sur le traité, constitue une déclaration de politique générale qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

¹⁸² Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 218 à 220.

¹⁸³ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 220 à 222.

¹⁸⁴ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 222 et 223.

¹⁸⁵ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 224 à 228.

¹⁸⁶ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 228 à 232.

1.4.5 [1.2.6] Déclarations relatives à la mise en œuvre d'un traité au plan interne¹⁸⁷

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale par laquelle cet État ou cette organisation indique la manière dont il ou elle mettra en œuvre un traité au plan interne, mais qui ne vise pas à avoir d'incidence en tant que telle sur ses droits et obligations vis-à-vis des autres Parties contractantes, constitue une déclaration informative qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative¹⁸⁸

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, en conformité avec une clause figurant dans un traité autorisant expressément les parties à accepter une obligation qui n'est pas imposée par d'autres dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

Une restriction ou condition figurant dans une telle déclaration ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.4.7 [1.4.8] Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, en conformité avec une clause figurant dans un traité obligeant expressément les parties à choisir entre deux ou plusieurs dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

¹⁸⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 232 à 236.

¹⁸⁸ Pour le commentaire, voir section 2 ci-après.

1.5 Déclarations unilatérales relatives aux traités bilatéraux¹⁸⁹

1.5.1 [1.1.9] "Réserves" aux traités bilatéraux¹⁹⁰

Une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, formulée par un État ou par une organisation internationale après le paragraphe ou la signature mais avant l'entrée en vigueur d'un traité bilatéral, par laquelle cet État ou cette organisation vise à obtenir de l'autre partie une modification des dispositions du traité à laquelle il subordonne l'expression de son consentement définitif à être lié par le traité, ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.5.2 [1.2.7] Déclarations interprétatives de traités bilatéraux¹⁹¹

Les projets de directives 1.2 et 1.2.1 sont applicables aux déclarations interprétatives relatives aussi bien aux traités multilatéraux qu'aux traités bilatéraux.

1.5.3 [1.2.8] Effet juridique de l'acceptation de la déclaration interprétative d'un traité bilatéral par l'autre partie¹⁹²

L'interprétation résultant d'une déclaration interprétative d'un traité bilatéral faite par un État ou une organisation internationale partie à ce traité et acceptée par l'autre partie constitue l'interprétation authentique de ce traité.

1.6 Portée des définitions¹⁹³

Les définitions de déclarations unilatérales figurant dans le présent chapitre du Guide de la pratique sont sans préjudice de la licéité et des effets de ces déclarations au regard des règles qui leur sont applicables.

¹⁸⁹ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, p. 236 et 237.

¹⁹⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 237 à 246.

¹⁹¹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 247 à 250.

¹⁹² Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 250 et 251.

¹⁹³ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 251 à 253.

1.7 Alternatives aux réserves et déclarations interprétatives¹⁹⁴

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternatives aux réserves

Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs, tels que :

- L'insertion dans le traité de clauses restrictives, visant à limiter sa portée ou son application;
- La conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.

1.7.2 Alternatives aux déclarations interprétatives¹⁹⁵

Afin de préciser ou de clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés autres que les déclarations interprétatives tels que :

- L'insertion dans le traité de dispositions expresses visant à l'interpréter;
- La conclusion d'un accord complémentaire à cette fin.

2. Texte des projets de directives adoptés à la cinquante-deuxième session de la Commission et des commentaires y afférents

663. Le texte des projets de directives adoptés par la Commission à sa cinquante-deuxième session et des commentaires y afférents est reproduit ci-après :

1.1.8 Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, en conformité avec une clause autorisant expressément les parties ou certaines d'entre elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à ces parties, constitue une réserve.

¹⁹⁴ Pour le commentaire, voir section 2 ci-après.

¹⁹⁵ Ibid.

Commentaire

1) Selon une définition communément admise, une clause d'exclusion ou d'*opting* (ou de *contracting out*) est une disposition conventionnelle en vertu de laquelle un État sera lié par les règles figurant dans le traité à moins qu'il exprime l'intention de ne pas l'être, éventuellement dans un délai donné, par certaines d'entre elles¹⁹⁶.

2) De telles clauses d'exclusion (*opting* ou *contracting out*) sont très fréquentes. On en trouve des exemples dans les conventions adoptées sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé¹⁹⁷, du Conseil de l'Europe¹⁹⁸, de l'OIT¹⁹⁹ ou dans des conventions

¹⁹⁶ Cf. Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *RCADI*, 1994-VI, vol. 250, p. 329; voir aussi : Christian Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", *RCADI*, 1993, vol. 241, p. 264 et suiv.

¹⁹⁷ Cf. l'article 8, al. 1, de la Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile : "Chaque État contractant, en signant ou ratifiant la présente Convention ou en y adhérant, peut déclarer qu'il exclut de l'application de la présente Convention les conflits de lois relatifs à certaines matières"; voir aussi l'article 9 de la Convention de La Haye du 1er juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères.

¹⁹⁸ Cf. l'article 34, par. 1, de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957 : "Chacune des Hautes Parties contractantes peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification, déclarer que son acceptation ne s'étend pas : a) au chapitre III relatif à l'arbitrage; ou b) aux chapitres II et III relatifs à la conciliation et à l'arbitrage"; voir aussi l'article 7, par. 1, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités du 6 mai 1963 ("Chacune des Parties Contractantes applique les dispositions des chapitres I et II. Toutefois, chacune des Parties contractantes peut, au moment de la signature, ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion, déclarer qu'elle n'appliquera que les dispositions du chapitre II. Dans ce cas, les dispositions du chapitre Ier ne sont pas applicables à l'égard de cette Partie") ou l'article 25, al. 1, de la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997 ("Chaque État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il exclura le chapitre VII de l'application de cette Convention"), etc. Pour d'autres exemples, voir Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *ICLQ* 1999, p. 504 et 505.

isolées. Parmi ces dernières, on peut citer, à titre d'exemple, l'article 14, paragraphe 1, de la Convention de Londres du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution par les navires :

"Un État peut, lorsqu'il signe, ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère, déclarer qu'il n'accepte pas l'une quelconque ou l'ensemble des Annexes III, IV et V (ci-après dénommées *Annexes facultatives*) de la présente Convention. Sous réserve de ce qui précède, les Parties à la Convention sont liées par l'une quelconque des Annexes dans son intégralité"²⁰⁰.

3) La question de savoir si les déclarations faites en application de ces clauses d'exclusion constituent ou non des réserves est controversée. L'argument le plus fort en sens contraire tient sans doute à l'opposition constante et décidée de l'OIT à l'égard d'une telle assimilation, alors même que cette organisation recourt régulièrement au procédé de l'*opting out*. Dans sa réponse au questionnaire de la Commission, l'OIT s'en explique ainsi :

"It has been the consistent and long-established practice of the ILO not to accept for registration instruments of ratification of international labour Conventions when accompanied with reservations. As has been written, 'this basic proposition of refusing to recognise any reservations is as old as ILO itself' (see W.P. Gormley, 'The Modification of Multilateral Conventions by Means of Negotiated Reservations and Other Alternatives: A Comparative Study of the ILO and Council of Europe', 39 *Fordham Law Review*, 1970 at p. 65). The practice is not based on any explicit legal provision of the Constitution, the Conference Standing Orders, or the international labour Conventions,

¹⁹⁹ Cf. l'article 2 de la Convention internationale du travail No 63 de 1938 sur les statistiques des salaires et des heures de travail : "1. Tout Membre qui ratifie la présente Convention peut, par une déclaration annexée à sa ratification, exclure de l'engagement résultant de sa ratification : a) Ou l'une des parties II, III ou IV; b) Ou les parties II et IV; c) ou les parties III et IV".

²⁰⁰ Les dispositions ci-dessous sont données à titre d'exemples et n'épuisent nullement la liste des clauses d'*exclusion* des conventions adoptées dans ces différents cadres. Pour d'autres exemples, voir en général, P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 171 et 172.

but finds its logical foundation in the specificity of labour Conventions and the tripartite structure of the Organization. Reference is usually made to two Memoranda as being the primary sources for such firm principle: first, the 1927 Memorandum submitted by the ILO Director to the Council of the League of Nations on the Admissibility of Reservations to General Conventions, and second, the 1951 Written Statement of the International Labour Organization in the context of the ICJ proceedings concerning the Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

"In his Memorandum to the Committee of Experts for the Codification of International Law, the ILO Director General wrote with respect to labour Conventions:

'these agreements are not drawn up by the Contracting States in accordance with their own ideas: they are not the work of plenipotentiaries, but of a conference which has a peculiar legal character and includes non-Government representatives. Reservations would still be inadmissible, even if all the States interested accepted them; for the rights which the treaties have conferred on non-Governmental interests in regard to the adoption of international labour Conventions would be overruled if the consent of the Governments alone could suffice to modify the substance and detract from the effect of the conventions' (see League of Nations, Official Journal, 1927 at p. [882]).

"In the same vein, the ILO Memorandum, submitted to the ICJ in 1951, read in part:

'international labour conventions are adopted and enter into force by a procedure which differs in important respects from the procedure applicable to other international instruments. The special features of this procedure have always been regarded as making international labour conventions intrinsically incapable of being ratified subject to any reservation. It has been the consistent view of the International Labour Organisation, since its establishment, that reservations are not admissible. This view is based upon and supported by the consistent practice of the International Labour Organisation and by the practice of the League

of Nations during the period from 1920-1946 when the League was responsible for the registration of ratifications of international labour conventions' (see ICJ Pleadings, 1951 at pp. 217, 227-228).

"Wilfred Jenks, Legal Adviser of the ILO, addressing in 1968 the UN Vienna Conference on the Law of Treaties, stated the following:

'reservations to international labour Conventions are incompatible with the object and purpose of these Conventions. The procedural arrangements concerning reservations are entirely inapplicable to the ILO by reason of its tripartite character as an organization in which, in the language of our Constitution, 'representatives of employers and workers' enjoy 'equal status with those of governments'. Great flexibility is of course necessary in the application of certain international labour Conventions to widely varying circumstances, but the provisions regarded by the collective judgement of the International Labour Conference as wise and necessary for this purpose are embodied in the terms of the Conventions and, if they prove inadequate for the purpose, are subject to revision by the Conference at any time in accordance with its regular procedures. Any other approach would destroy the international labour code as a code of common standards'.

"In brief, with relation to international labour Conventions, a member State of the ILO must choose between ratifying without reservations and not ratifying. Consistent with this practice, the Office has on several occasions declined proffered ratifications which would have been subject to reservations (for instance, in the 1920s, the Governments of Poland, India, and Cuba were advised that contemplated ratifications subject to reservations were not permissible; see *Official Bulletin*, vol. II, p. 18, and vol. IV, p. 290 à 297). Similarly, the Organization refused recognition of reservations proposed by Peru in 1936. In more recent years, the Office refused to register the ratification of Convention No.151 by Belize as containing two true reservations (1989). In each instance, the reservation was either withdrawn or the State was unable to ratify the Convention.

"It is interesting to note that, in the early years of the Organization, the view was taken that ratification of a labour Convention might well be made subject to the specific condition that it would only become operative if and when certain other States would have also ratified the same Convention (see International Labour Conference, 3rd session, 1921 at p.220). In the words of the ILO Director General in his 1927 Memorandum to the Council of the League of Nations,

'these ratifications do not really contain any reservation, but merely a condition which suspends their effect; when they do come into force, their effect is quite normal and unrestricted. Such conditional ratifications are valid, and must not be confused with ratifications subject to reservation which modify the actual substance of conventions adopted by the International Labour Conference' (for examples of ratifications subject to suspensive conditions, see Written Statement of the ILO in *Genocide Case*, ICI Pleadings, 1951 at pp. 264-265).

There is no record of recent examples of such a practice. In principle, all instruments of ratification take effect twelve months after they have been registered by the Director-General.

"Notwithstanding the prohibition of formulating reservations, ILO member States are entitled, and, at times, even required, to attach declarations - optional and compulsory accordingly. A compulsory declaration may define the scope of the obligations accepted or give other essential specifications. In some other cases a declaration is needed only where the ratifying State wishes to make use of permitted exclusions, exceptions or modifications. In sum, compulsory and optional declarations relate to limitations *authorised* by the Convention itself, and thus do not amount to reservations in the legal sense. As the Written Statement of the ILO in the *Genocide Case* read, 'they are therefore a part of the terms of the convention as approved by the Conference when adopting the convention and both from a legal and from a practical point of view are in no way

comparable to reservations' (see ICJ Pleadings, 1951 at p. 234). Yet, for some, these flexibility devices have 'for all practical purposes the same operational effect as reservations' (see Gormley, op. cit., *supra* at p. 75)"²⁰¹.

("L'OIT a pour pratique, depuis longtemps et de façon constante, de ne pas accepter le dépôt d'instruments de ratification des conventions internationales du travail lorsque ces instruments sont assortis de réserves. Selon un auteur, 'le principe fondamental qui consiste à refuser toute réserve est aussi ancien que l'OIT elle-même' (voir W. P. Gormley, 'The Modification of Multilateral Conventions by Means of Negotiated Reservations and Other Alternatives: A Comparative Study of the ILO and Council of Europe', 30 *Fordham Law Review*, 1970, p. 65). Cette pratique n'est appuyée sur aucune disposition explicite de la Constitution, du Règlement de la Conférence ni des conventions internationales du travail, mais trouve son fondement logique dans la singularité des conventions du travail et le tripartisme de l'Organisation. On se réfère en général à deux mémorandums, qui seraient les sources primaires de ce principe rigoureux : d'abord, le Mémorandum présenté par le Directeur du BIT au Conseil de la Société des Nations sur la recevabilité des réserves aux conventions générales, ensuite, la Déclaration de l'Organisation internationale du Travail présentée par écrit en 1951 dans le cadre de la procédure de la CIJ relative aux réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Dans son Mémorandum au Comité d'experts pour la codification du droit international, le Directeur général du BIT écrivait à propos des conventions du travail :

"Ces conventions ne sont pas établies par les Parties contractantes selon leurs propres idées : elles ne sont pas le fait de plénipotentiaires mais le résultat d'une conférence qui a un caractère juridique particulier et qui accueille d'autres représentants que ceux des gouvernements. Même si tous les États qu'elles affectent

²⁰¹ Réponse au questionnaire, p. 3 à 5.

les acceptaient, les réserves resteraient inadmissibles; en effet, les droits que les traités ont reconnus aux intérêts non gouvernementaux en matière d'adoption des conventions internationales du travail seraient déniés si le consentement des gouvernements suffisait à lui seul à modifier la teneur des conventions et à en détourner les effets (voir Société des Nations, *Journal officiel*, 1927, p. [882])."

Dans la même veine, le mémorandum présenté à la CIJ en 1951 se lisait en partie comme suit :

"Les conventions internationales du travail sont adoptées et entrent en vigueur selon une procédure qui diffère par des aspects importants de celle qui s'applique aux autres instruments internationaux. On a toujours considéré que les caractéristiques particulières de cette procédure faisaient des conventions internationales du travail des instruments intrinsèquement impossibles à ratifier avec des réserves. La position constante de l'Organisation internationale du Travail depuis sa création est que les réserves ne sont pas admissibles. Cette position trouve son origine et sa confirmation dans la pratique invariable de l'Organisation internationale du Travail et dans celle de la Société des Nations entre 1920 et 1946, quand la SDN était dépositaire des instruments de ratification des conventions internationales du travail (voir *CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents*, 1951, p. 217, 227 et 228)".

Wilfred Jenks, Conseiller juridique du BIT, a déclaré ce qui suit, à la Conférence de Vienne des Nations Unies sur le droit des traités en 1968 :

"Les réserves aux conventions internationales du travail sont incompatibles avec le but et l'objet de ces conventions. Les dispositions de procédure qui concernent les réserves sont totalement inapplicables au cas de l'OIT, en raison de sa qualité d'institution tripartite où, selon sa Constitution même, les représentants des employeurs et des travailleurs ont un statut égal à celui des représentants des gouvernements. Une grande souplesse est évidemment nécessaire lorsque l'on applique certaines conventions internationales du travail dans des circonstances extrêmement variées, mais les dispositions que, dans son application collective,

la Conférence internationale du Travail juge sages et nécessaires à cette fin sont consacrées dans le texte des conventions et, si elles se révèlent mal adaptées à leur objet, sont susceptibles d'être révisées à tout moment par la Conférence selon ses procédures ordinaires. Toute autre solution détruirait le Code international du travail en tant que code de normes communes."

En bref, en ce qui concerne les conventions internationales du travail, un État membre de l'OIT doit opter soit pour une ratification sans réserve, soit pour une non-ratification. Conformément à cette pratique, le Bureau a refusé à plusieurs occasions des ratifications qui étaient offertes mais qui auraient été soumises à des réserves (dans les années 20, par exemple, les Gouvernements de la Pologne, de l'Inde et de Cuba ont été informés que les ratifications assorties de réserves qu'ils envisageaient n'étaient pas acceptables; voir *Bulletin officiel*, vol. II, p. 18, et vol. IV, p. 290 à 297). De la même manière, le Bureau a refusé d'accepter les réserves proposées par le Pérou en 1936. Plus récemment (1989), il a refusé de prendre acte de la ratification de la Convention No 151 par le Belize, dont les instruments contenaient deux véritables réserves. Dans chaque cas, soit la réserve a été retirée, soit l'État n'a pas pu ratifier la Convention.

Il est intéressant de noter que dans les premières années de l'Organisation, on considérait qu'une convention du travail pouvait être ratifiée avec une réserve particulière, à savoir que la ratification ne prendrait effet que lorsque certains autres États auraient eux-mêmes ratifié le texte (voir Conférence internationale du Travail, troisième session, 1921, p. 220). Comme le disait le Directeur général du BIT dans son mémorandum adressé en 1927 au Conseil de la Société des Nations :

"Ces ratifications ne contiennent réellement aucune réserve, elles ne font que fixer une condition à laquelle la prise d'effet est suspendue; lorsqu'elles entrent réellement en vigueur, leur effet est tout à fait normal et pas du tout restrictif. Ces ratifications conditionnelles sont valables et il ne faut pas les confondre avec les ratifications assorties de réserves qui modifient le fond réel des conventions adoptées par la Conférence internationale du Travail" (pour des exemples de ratifications soumises à des conditions suspensives, voir la déclaration écrite de

l'OIT dans la procédure relative à la *Convention sur le génocide, CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents, 1951*, p. 264 et 265).

Il n'y a aucun exemple récent de cette pratique. En principe, tous les instruments de ratification prenaient effet 12 mois après leur dépôt auprès du Directeur général.

"En dépit de l'interdiction des réserves, les États membres de l'OIT ont le droit, et parfois l'obligation, de faire des déclarations annexes, soit facultatives soit obligatoires. Une déclaration obligatoire définit par exemple l'étendue des obligations acceptées, ou donne certaines précisions essentielles. Dans certains autres cas, une déclaration n'est nécessaire que lorsque l'État ratificateur souhaite se prévaloir des exclusions, exceptions ou modifications qui sont autorisées. En somme, les déclarations obligatoires et facultatives concernent les limitations *autorisées* par la Convention elle-même, et ne sont donc pas des réserves au sens juridique du terme. Comme le disait le BIT dans sa déclaration écrite dans l'affaire relative aux réserves à la Convention sur le génocide, "ces déclarations font donc partie des clauses de la Convention qu'a approuvées la Conférence lorsqu'elle a adopté le texte de celle-ci, et ne sont comparables à des réserves, ni d'un point de vue juridique ni d'un point de vue pratique" (voir *CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents, 1951*, p. 234). Pourtant, certains de ces mécanismes destinés à assouplir les conventions ont "à toutes fins pratiques les mêmes effets opérationnels que des réserves" (voir Gormley, op. cit, *supra*, p. 75)."

4) De l'avis de la Commission, ce raisonnement reflète une tradition respectable mais n'emporte guère la conviction :

- en premier lieu, s'il n'est pas douteux que les conventions internationales du travail sont adoptées dans des conditions tout à fait particulières, il reste que ce sont des traités entre États et que la participation de représentants non gouvernementaux à leur adoption ne modifie pas leur nature juridique;
- en deuxième lieu, la possibilité que la Conférence internationale du Travail révise une convention qui se révèle inadéquate ne prouve rien quant à la nature juridique

des déclarations unilatérales faites en application d'une clause d'exclusion : la convention révisée ne saurait s'imposer contre leur gré aux États qui ont fait de telles déclarations lors de leur adhésion à la convention initiale; et peu importe à cet égard qu'il s'agisse ou non de réserves;

- enfin et surtout, cette position traditionnelle de l'OIT témoigne d'une conception restrictive de la notion de réserves qui n'est pas celle retenue dans les Conventions de Vienne et dans le présent Guide de la pratique.

5) En effet, ces définitions n'excluent nullement que des réserves puissent être faites non pas en vertu d'une autorisation implicite du droit international général des traités, tel que le codifient les articles 19 à 23 des Conventions de 1969 et 1986, mais sur le fondement de dispositions conventionnelles spécifiques. Cela ressort clairement de l'article 19 b) des Conventions, qui concerne les traités disposant "que seules des réserves *déterminées* (...) peuvent être faites" ou de l'article 20, paragraphe 1, aux termes duquel "[u]ne réserve *expressément autorisée* par un traité n'a pas à être ultérieurement acceptée...".

6) Dès lors, le fait qu'une déclaration unilatérale visant à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à son auteur²⁰², soit expressément envisagée par un traité ne suffit pas à caractériser une telle déclaration comme étant ou n'étant pas une réserve. Tel est, précisément, l'objet des "clauses de réserves" que l'on peut définir comme "des dispositions du traité [... prévoyant] les limites dans lesquelles les États devront²⁰³ formuler les réserves et même le contenu de ces dernières"²⁰⁴.

²⁰² Cf. le projet de directives 1.1 et 1.1.1.

²⁰³ Il serait sans doute plus exact d'écrire : "pourront".

²⁰⁴ Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 12.

7) En fait les clauses d'exclusion s'apparentent nettement aux clauses de réserves, et les déclarations unilatérales faites en conséquence, à de telles réserves "déterminées" et "expressément autorisées" par un traité, y compris dans le cadre des conventions internationales du travail²⁰⁵. Elles sont bien des déclarations unilatérales formulées au moment de l'expression du consentement à être lié²⁰⁶ et visant à exclure l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui la formule, ce qui correspond très exactement à la définition même des réserves; et, à première vue en tous cas, il ne semble pas qu'elles soient, ou doivent, être soumises à un régime juridique distinct.

8) Sauf l'absence du mot "réserve", on voit mal ce qui différencie les clauses d'exclusion précitées²⁰⁷ de clauses de réserves indiscutables comme, par exemple, l'article 16 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages²⁰⁸, de l'article 33 de la Convention conclue le 18 mars 1978 dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale²⁰⁹ ou de l'article 35, intitulé "Réserves", de la Convention

²⁰⁵ En revanche, il ne paraît guère douteux qu'une pratique acceptée comme étant le droit s'est développée à l'OIT en vertu de laquelle toute déclaration unilatérale visant à limiter l'application des dispositions des conventions internationales du travail non expressément prévue ne saurait être admise. Il en va sans doute ainsi également s'agissant des conventions adoptées dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé (cf. Georges A.L. Droz, "Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé", *RCDIP* 1969, p. 388 à 392). Mais c'est une question toute différente de celle de la définition des réserves.

²⁰⁶ En ce qui concerne les déclarations faites, en vertu d'une clause d'exclusion mais postérieurement à l'expression du consentement de son auteur à être lié, voir *infra*, par. 18 du commentaire.

²⁰⁷ Voir par. 2 du commentaire.

²⁰⁸ "Un État contractant pourra se réserver le droit d'exclure l'application du chapitre I" (l'article 28 précise qu'il s'agit bien de la possibilité de faire des "réserves").

²⁰⁹ "Tout État, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, a la faculté d'exclure en tout ou en partie l'application des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 4, ainsi que du chapitre II. Aucune autre réserve ne sera admise".

de Lugano du Conseil de l'Europe du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement²¹⁰. Il apparaît donc que, tant en ce qui concerne leur forme que leurs effets²¹¹, les déclarations faites lors de l'expression du consentement à être lié en vertu de clauses d'exclusion sont, en tous points comparables à des réserves lorsque celles-ci sont limitativement prévues par des clauses de réserves²¹².

9) Certains membres de la Commission se sont demandés si le fait qu'un État partie ne puisse objecter à une déclaration faite en vertu d'une telle clause d'exclusion n'exclut pas la qualification d'une telle déclaration comme réserve. Cela est sans doute vrai de toute réserve faite en vertu d'une clause de réserve : dès lors qu'une réserve est expressément prévue dans le traité, les États contractants savent à quoi s'attendre; ils ont accepté par avance dans le traité lui-même la ou les réserves en question. Il semble donc que les règles de l'article 20 relatives aussi bien aux acceptations des réserves qu'aux objections ne s'appliquent pas aux réserves expressément prévues, y compris lorsqu'elles le sont par des clauses d'exclusion²¹³. Au demeurant, il s'agit d'un problème lié au régime juridique de ces déclarations et non à leur définition.

10) D'autres membres se sont demandés si la qualification de réserves donnée aux déclarations faites en vertu d'une clause d'*opting out* était compatible avec l'alinéa b) de l'article 19 des Conventions de Vienne, au terme duquel une réserve ne peut être formulée si le traité dispose

²¹⁰ "Tout signataire peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, déclarer qu'il se réserve le droit : ... c) de ne pas appliquer l'article 18".

²¹¹ Voir W. Paul Gormley, "The Modification of Multilateral Conventions by Means of 'Negotiated Reservations' and Other 'Alternatives': A Comparative Study of the ILO and Council of Europe", Part I, *Fordham Law Review*, 1970-1971, p. 75 et 76.

²¹² Voir Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 169 ou Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *ICLQ* 1999, p. 505 et 506.

²¹³ À l'inverse, les États peuvent "objecter" à certaines déclarations (par exemple les déclarations de non-reconnaissance), sans pour autant qu'elles constituent des réserves.

que "seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites". Toutefois, l'article 19 b) ne dit pas que toutes les autres réserves sont interdites si certaines sont expressément prévues mais plutôt que les autres réserves sont interdites si le traité dispose que seules des réserves déterminées peuvent être faites.

11) À vrai dire, les clauses d'exclusion se présentent comme des "réserves négociées" dans l'acception courante (et trompeuse) de cette expression, apparue dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé et développée dans celui du Conseil de l'Europe²¹⁴.

"Au sens strict, elle signifie que c'est la *réserve* – et pas simplement le droit d'en formuler une – qui fait l'objet de négociations"²¹⁵. Il ne s'agit donc nullement de "réserves" au sens propre du terme, mais de *clauses de réserves*, définies durant la négociation du traité, indiquant de manière précise et limitative les réserves pouvant être apportées à ce traité.

12) Il est vrai que l'on constate parfois la présence simultanée, dans certaines conventions (en tout cas du Conseil de l'Europe), de clauses d'exclusion *et* de clauses de réserves²¹⁶. Il faut

²¹⁴ Voir Georges A.L. Droz, "Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé", *RCDIP* 1969, p. 385 à 388; Héribert Golsong, "Le développement du droit international régional" in S.F.D.I., Colloque de Bordeaux, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, 1977, p. 228 ou Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *ICLQ* 1999, p. 489 et 490.

²¹⁵ Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 196. Au sein du Conseil de l'Europe, l'expression est utilisée dans un sens plus large et vise la "*procédure* qui a pour objet d'énumérer soit dans le corps même de la Convention, soit dans une annexe, les limites des facultés offertes aux États de formuler une réserve" (Héribert Golsong, "Le développement du droit international régional" in S.F.D.I., Colloque de Bordeaux, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, 1977, p. 228 – italiques ajoutées; voir aussi Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *ICLQ* 1999, p. 498; voir aussi p. 489 et 490).

²¹⁶ Cf. les articles 7 (voir note 3 ci-dessus) et 8 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1968 sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et les exemples donnés par Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *ICLQ* 1999, p. 506, note 121.

sans doute y voir la traduction d'une incertitude terminologique davantage qu'une distinction délibérée²¹⁷. Il est du reste frappant que, dans sa réponse au questionnaire de la Commission, cette organisation mentionne parmi les problèmes rencontrés en matière de réserves ceux tenant à l'article 34 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends alors même que le mot "réserve" ne figure pas dans cette clause d'exclusion très typique²¹⁸.

13) L'hypothèse envisagée par le projet de directive 1.1.8 rejoint celle figurant au paragraphe 1 de l'article 17 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 :

"Sans préjudice des articles 19 à 23, le consentement d'un État [ou d'une organisation internationale] à être lié par une partie d'un traité ne produit effet que si le traité le permet...".

14) Cette disposition, qui a été adoptée sans modification par la Conférence de Vienne de 1968-1969²¹⁹, figure dans la section 1 de la partie II ("Conclusion des traités") et effectue un lien avec les articles 19 à 23, ceux qui, précisément, sont consacrés aux réserves. Elle est expliquée ainsi par la Commission du droit international dans son rapport final de 1966 sur le projet d'articles sur le droit des traités :

"Certains traités stipulent expressément au profit des États participants la faculté de ne s'engager que pour une ou certaines parties du traité ou de ne pas s'engager pour

²¹⁷ De même, le fait que certaines conventions multilatérales interdisent toute réserve tout en permettant certaines déclarations et qui peuvent être assimilées à des clauses d'exclusion (cf. l'article 124 du Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998) n'est pas en soi décisif; il faut sans doute y voir, à nouveau, plus le résultat d'une incertitude terminologique que d'un choix intentionnel visant à des effets juridiques spécifiques.

²¹⁸ Voir *supra*, note 3.

²¹⁹ Voir Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions (Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-2 mai 1969), *Documents officiels – Documents de la Conférence*, A/CONF.39/11/Add.2 (numéro de vente : F.70.V.5), rapports de la Commission plénière, par. 156 et 157, p. 141.

certaines parties du traité; dans cas-là, bien entendu, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion partielle est possible. Mais, en l'absence de dispositions de ce genre, la règle reconnue est que la ratification, l'adhésion, etc., doivent s'appliquer au traité dans son intégralité. S'il est possible de formuler des réserves à des dispositions déterminées du traité conformément aux dispositions de l'article 16 [19 dans le texte de la Convention], il est impossible de ne souscrire qu'à des parties déterminées du traité. En conséquence, le paragraphe 1 de l'article prévoit que, sans préjudice des dispositions des articles 16 à 20 [19 à 23] concernant les réserves à des traités multilatéraux, l'expression du consentement d'un État à être lié par une partie d'un traité ne produit effet que si le traité ou les autres États contractants permettent un tel consentement"²²⁰.

15) L'expression "sans préjudice des articles 19 à 23" figurant dans l'article 17 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 implique que, dans certains cas, les options sont en réalité des réserves²²¹. À l'inverse, il apparaît que cette disposition est rédigée comme n'impliquant pas que toutes les clauses offrant aux Parties le choix entre diverses dispositions d'un traité *sont* des réserves.

16) Tel est certainement le cas des déclarations faites en vertu de clauses facultatives ou de celles qui opèrent un choix entre les dispositions d'un traité, comme l'indiquent les projets de directives 1.4.6 et 1.4.7. Mais on peut se demander si ce ne l'est pas également de certaines déclarations faites en application de certaines clauses d'exclusion qui, tout en ayant le même effet que les réserves, ou des effets voisins ne sont pas, pour autant des réserves au sens exact du mot, tel que le définissent les Conventions de Vienne et le Guide de la pratique.

17) Il arrive en effet que certains traités prévoient que les Parties peuvent exclure, par une déclaration unilatérale, l'effet juridique de certaines de leurs dispositions dans leur application

²²⁰ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 219 et 220.

²²¹ En ce sens, voir Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *ICLQ* 1999, p. 506.

à l'auteur de la déclaration non pas (ou pas seulement) au moment de l'expression du consentement à être lié, mais après l'entrée en vigueur du traité à leur égard. Ainsi :

- l'article 82 de la Convention internationale du travail sur les standards minimum autorise un État membre qui l'a ratifiée à dénoncer, dix ans après la date d'entrée en vigueur de la Convention, soit celle-ci dans son ensemble, soit l'une ou plusieurs des parties II à X;
- l'article 22 de la Convention de La Haye du 1er juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps autorise les États contractants à "*déclarer à tout moment* que certaines catégories de personnes qui ont sa nationalité pourront ne pas être considérées comme ses ressortissants pour l'application de la présente convention"²²²;
- l'article 30 de la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur les successions dispose :

"Tout État Partie à la Convention pourra dénoncer celle-ci, *ou seulement son chapitre III*, par une notification adressée par écrit au dépositaire";
- l'article X de l'Accord-cadre de l'ASEAN sur les services du 4 juillet 1996 autorise un État membre à modifier ou retirer tout engagement particulier pris en vertu du traité à certaines conditions, à n'importe quel moment une fois expiré un délai de trois ans après l'entrée en vigueur de l'engagement.

²²² Sur les circonstances dans lesquelles cette disposition a été adoptée, voir Georges A.L. Droz, "Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé", *RCDIP* 1969, p. 414 et 415. Il s'agit là, typiquement, d'une "réserve négociée" au sens indiqué au paragraphe 11 du commentaire.

18) Les déclarations unilatérales faites en vertu de dispositions de ce genre ne sont certainement pas des réserves²²³. À cet égard, le seul fait qu'elles soient formulées (ou puissent l'être) à un moment autre que celui du consentement à être lié n'est pas absolument décisif dans la mesure où rien n'interdit aux négociateurs de déroger aux dispositions des Conventions de Vienne qui n'ont qu'un caractère supplétif. Il n'en reste pas moins que les déclarations faites en vertu de ces clauses d'exclusion postérieurement à l'entrée en vigueur du traité se distinguent profondément des réserves par le fait qu'elles ne conditionnent pas l'adhésion de l'État ou de l'organisation internationale qui les font. Les réserves sont un élément de la conclusion et de l'entrée en vigueur du traité comme le montre d'ailleurs l'inclusion des articles 19 à 23 des Conventions de Vienne dans leur deuxième partie intitulée "Conclusion et entrée en vigueur". Ce sont des acceptations partielles des dispositions du traité sur lequel elles portent; et c'est pourquoi il paraît logique de considérer les déclarations faites au moment de l'expression du consentement à être lié comme des réserves. Au contraire, les déclarations faites après que le traité a été en vigueur durant un certain temps à l'égard de leur auteur sont des dénonciations partielles qui, dans leur esprit, relèvent bien davantage de la partie V des Conventions de Vienne relatives à la nullité, l'extinction et la suspension d'application des traités. Elles peuvent du reste être rattachées à l'article 44, paragraphe 1, qui n'exclut pas le droit pour une partie de se retirer partiellement du traité si ce dernier en dispose ainsi.

19) De telles déclarations sont expressément exclues du champ d'application du projet de directive 1.1.8 par l'expression "au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié", qui est reprise du projet de directive 1.1.2 relatif aux "cas dans lesquels une réserve peut être formulée".

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, en conformité avec une clause figurant dans un traité autorisant expressément les parties à

²²³ De manière significative, l'article 22, précité de la Convention Divorces de la Conférence de La Haye de 1970 est exclu de la liste des clauses de réserves donnée à l'article 25.

accepter une obligation qui n'est pas imposée par d'autres dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

Une restriction ou condition figurant dans une telle déclaration ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 1.4.6 porte conjointement sur les déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative figurant dans un traité et sur les restrictions ou conditions dont les déclarations de ce type sont fréquemment assorties et qui sont communément qualifiées de "réserves", alors même que ce procédé se distingue à maints égards des réserves telles qu'elles sont définies par les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 et par le présent Guide de la pratique.
- 2) Les déclarations unilatérales visées par le premier alinéa du projet de directive 1.4.6 peuvent sembler proches de celles qui sont mentionnées dans le projet de directive 1.1.8 : celles qui sont faites en vertu d'une clause d'exclusion. Dans les deux cas, il s'agit de déclarations expressément prévues dans le traité, que les Parties ont la faculté de faire en vue de moduler les obligations que leur impose le traité. Elles sont cependant de natures très différentes : alors que les déclarations faites en vertu d'une clause d'exclusion (ou d'*opting out* ou de *contracting out*) visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application aux parties qui les font et doivent dès lors être considérées comme de véritables réserves, celles qui sont faites en vertu de clauses facultatives ont pour effet d'accroître les obligations du déclarant au-delà de ce qui est normalement attendu des Parties en vertu du traité et ne conditionnent pas l'entrée en vigueur de celui-ci à leur égard.
- 3) Les clauses facultatives ou d'*opting* [ou de *contracting*] *in*, que l'on peut définir comme des dispositions prévoyant que les parties à un traité peuvent accepter des obligations qui, en l'absence d'acceptation expresse, ne leur seraient pas automatiquement applicables, ont pour

objet non pas d'amoindrir mais d'accroître les obligations découlant du traité pour l'auteur de la déclaration unilatérale²²⁴.

4) La plus célèbre des clauses facultatives est sans doute l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice²²⁵, mais il en existe bien d'autres, soit conçues sur le même modèle et se traduisant par l'acceptation de la compétence d'un certain mode de règlement des différends ou du contrôle par un organe créé par le traité comme le prévoit l'article 41, paragraphe 1, du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques²²⁶, soit présentant un caractère exclusivement normatif comme, par exemple, l'article 25 de la Convention de La Haye

²²⁴ Selon Michel Virally, ce sont les clauses "auxquelles les parties n'adhèrent que par une acceptation spéciale, distincte de l'adhésion au traité dans son ensemble" ("Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités", in Université catholique de Louvain, quatrième colloque du Département des droits de l'homme, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 13).

²²⁵ "Les États parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) L'interprétation d'un traité; b) Tout point de droit international; c) La réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international; d) La nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international".

²²⁶ "Tout État partie au présent Pacte peut, en vertu du présent article, déclarer à tout moment qu'il reconnaît la compétence du Comité [des droits de l'homme] pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du présent Pacte..."; voir aussi les anciens articles 25 (Acceptation du droit de saisine individuelle de la Commission) et 46 (Acceptation des requêtes interétatiques) de la Convention européenne des droits de l'homme (ces articles ont été modifiés, dans le sens de la compétence obligatoire automatique par les articles 33 et 34 du Protocole 11 du 11 mai 1994) ou l'article 45, paragraphe 1, de la Convention interaméricaine des droits de l'homme : "Tout État partie peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, ou ultérieurement, déclarer qu'il reconnaît la compétence de la Commission pour recevoir et examiner les communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État a violé les droits de l'homme énoncés dans la présente Convention".

du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires²²⁷.

5) Malgré quelques opinions doctrinales contraires²²⁸, les déclarations faites en vertu de telles clauses présentent, en réalité, techniquement, peu de points communs avec les réserves, mis à part le fait (important) qu'elles visent les unes et les autres à moduler l'application des effets du traité et il est tout à fait clair que "opt-out clauses seem to be much closer to reservations than opt-in clauses"²²⁹ (les clauses d'*opting out* semblent être bien plus proches des réserves que les clauses d'*opting in*). Non seulement en effet,

a) Les déclarations faites en vertu de ces dernières peuvent l'être, dans la plupart des cas, à n'importe quel moment, mais encore,

b) Les clauses facultatives "start from a presumption that parties are not bound by anything other than they have explicitly chosen"²³⁰ (partent de la présomption selon laquelle

²²⁷ "Tout État contractant peut, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues, dans ses relations avec les États qui auront fait la même déclaration, à tout acte authentique dressé par-devant une autorité ou un officier public, reçu et exécutoire dans l'État d'origine, dans la mesure où ces dispositions peuvent être appliquées à ces actes"; voir aussi les articles 16 et 17, al. 2, de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, l'article 15 de celle du 15 novembre 1965 sur la notification des actes judiciaires, ou l'article 4, par. 2 et 4, de la Convention de l'OIT No 118 de 1962 concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale (voir aussi les exemples donnés dans le Mémoire de l'OIT à la CIJ en 1951, *in CIJ, Réserves à la Convention sur le génocide, Mémoires, plaidoiries et documents*, p. 232), ou encore l'article 4, par. 2 g), de la Convention-cadre de New York sur les changements climatiques du 9 mai 1992.

²²⁸ Cf. W. Paul Gormley, "The Modification of Multilateral Conventions by Means of 'Negotiated Reservations' and 'Other Alternatives': A Comparative Study of the ILO and Council of Europe", *Fordham Law Review*, 1970-1971, Part I, p. 68, 65 ou Part II, p. 450.

²²⁹ Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *ICLQ* 1999, pp. 479 à 514, notamment p. 505.

²³⁰ Ibid.

les parties ne sont liées par rien d'autre que ce qu'elles ont expressément choisi) alors que les clauses d'exclusion, comme le mécanisme des réserves partent de la présomption inverse; et

c) Les déclarations faites en vertu de clauses facultatives visent non pas à "exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application" à leur auteur²³¹ ou à limiter les obligations que lui impose le traité²³², mais, au contraire, à les accroître alors que la seule entrée en vigueur du traité à son égard n'a pas cet effet.

6) On retrouve ici, d'une certaine manière, la problématique compliquée des "réserves extensives"²³³. Mais il ressort du projet de directive 1.4.1 adopté par la Commission en 1999 que :

"une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale en relation avec un traité par laquelle son auteur vise à assumer des obligations allant au-delà de celles que lui impose le traité constitue un engagement unilatéral qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique".

7) La seule différence entre les déclarations visées par ce projet et celles dont il est question ici est que les premières sont formulées à la seule initiative de leur auteur, alors que les secondes sont faites en vertu du traité.

8) Étant donné les grandes différences que présentent les réserves d'un côté et les déclarations faites en vertu d'une clause facultative de l'autre, la confusion n'est guère à craindre, si bien que la Commission s'est demandée s'il était nécessaire d'inclure une directive à l'effet de les distinguer dans le Guide de la pratique. Une majorité de ses membres a jugé qu'une telle

²³¹ Voir projet de directive 1.1.

²³² Voir projet de directive 1.1.5.

²³³ Voir les commentaires des projets de directive 1.1.5, 1.4.1 et 1.4.2 dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, p. 175 à 178 et 220 à 223.

précision était utile : même si elles sont, à l'évidence, techniquement très différentes des réserves, auxquelles les déclarations faites en vertu de clauses d'exclusion peuvent (et doivent) être assimilées, celles qui sont fondées sur des clauses facultatives n'en sont pas moins le "revers" des précédentes et leur objectif général est trop proche pour que l'on puisse les passer sous silence, d'autant plus qu'elles sont souvent présentées conjointement²³⁴.

9) Si le traité le prévoit ou, dans le silence du traité, si cela n'est pas contraire au but et à l'objet de la disposition en cause²³⁵, rien n'empêche qu'une telle déclaration soit assortie, à son tour, de restrictions visant à limiter l'effet juridique de l'obligation ainsi acceptée. Tel est le cas des réserves fréquemment formulées par les États lorsqu'ils acceptent la juridiction de la Cour internationale de Justice en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de celle-ci²³⁶.

²³⁴ Michel Virally les englobe dans la même appellation de "clauses facultatives" ("Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités", *in* Université catholique de Louvain, quatrième colloque du Département des droits de l'homme, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 13 et 14).

²³⁵ Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que "compte tenu de l'objet et du but de la Convention européenne des droits de l'homme, les conséquences de restrictions à sa compétence pour la mise en œuvre de la Convention et la réalisation de ses objectifs auraient une si grande portée qu'il eût fallu prévoir explicitement un pouvoir en ce sens. Or ni l'article 25 ni l'article 46 [sur ces dispositions, voir *supra*, note 226, ne renferment pareille disposition" (arrêt du 23 mars 1995, par. 75, *R.U.D.H.* 1995, p. 139).

²³⁶ Bien que le Statut soit muet sur la possibilité d'assortir les déclarations facultatives de l'article 36, par. 2, de réserves autres que la condition de réciprocité, cette faculté, bien établie en pratique et confirmée par le Comité IV/1 de la Conférence de San Francisco (cf. *UNCIO*, vol. 13, p. 39), ne fait aucun doute. Cf. Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *Jurisdiction*, p. 767 à 769; voir aussi l'opinion dissidente du juge Bedjaoui jointe à l'arrêt de la CIJ du 4 décembre 1998 dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, par. 42) et l'arrêt du 21 juin 2000, *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, par. 37 et 38.

10) Sans qu'il soit utile de se prononcer sur la question de savoir s'il convient de distinguer entre "réserves" et "conditions"²³⁷, il suffit de constater que:

"There is a characteristic difference between these reservations, and the type of reservation to multilateral treaties encountered in the law of treaties. (...) Since the whole transaction of accepting the compulsory jurisdiction is ex definitione unilateral and individualized and devoid of any multilateral element or element of negotiation, the function of reservations in a declaration cannot be to exclude or vary the legal effect of some existing provision in relation to the State making the declaration. Their function, together with that of the declaration itself, is to define the terms on which that State unilaterally accepts the compulsory jurisdiction - to indicate the disputes which are included within that acceptance, in the language of the *Right of Passage* (Merits) case"²³⁸.

(Il existe une différence marquée entre ces réserves et celles qui s'appliquent aux traités multilatéraux que l'on rencontre dans le droit des traités. (...) Dès lors que toute l'opération d'acceptation de la compétence obligatoire est, par définition, unilatérale, individualisée et dépourvue de tout élément multilatéral ou de tout lien avec une négociation, la fonction des réserves dans une déclaration ne peut être d'exclure ou de modifier l'effet juridique d'une disposition existante à l'égard de l'État faisant la déclaration. Leur fonction, comme celle de la déclaration elle-même, est de définir les termes sur la base desquels cet État accepte unilatéralement la juridiction obligatoire – d'indiquer les différends qui sont couverts par l'acceptation, pour reprendre l'expression utilisée dans l'affaire du *Droit de passage* (Fond)).

²³⁷ Shabtai Rosenne opère une distinction entre ces deux notions (ibid., p. 768 et 769).

²³⁸ Ibid., p. 769. Le passage en question de l'arrêt relatif à l'affaire du *Droit de passage en territoire indien* du 12 avril 1960 figure à la page 34 du *CIJ Recueil 1960*.

11) Ces constatations sont conformes à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et, notamment à son récent arrêt du 4 décembre 1998 dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* entre l'Espagne et le Canada :

"Les conditions ou réserves, de par leur libellé, n'ont donc pas pour effet de déroger à une acceptation de caractère plus large déjà donnée. Elles servent plutôt à déterminer l'étendue de l'acceptation par l'État de la juridiction obligatoire de la Cour. (...) Tous les éléments d'une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, qui, pris ensemble, comportent l'acceptation de la compétence de la Cour par l'État auteur de la déclaration, doivent être interprétés comme formant un tout..."²³⁹.

12) Il en va de même s'agissant des réserves dont les États assortissent les déclarations faites en vertu d'autres clauses facultatives comme, par exemple, celles résultant de l'acceptation de la compétence de la Cour internationale de Justice en vertu de l'article 17 de l'Acte général d'arbitrage au sujet desquelles la Cour a souligné "le lien étroit et nécessaire qui existe toujours entre une clause juridictionnelle et les réserves dont elle fait l'objet"²⁴⁰.

13) Il apparaît donc impossible d'assimiler purement et simplement les réserves figurant dans les déclarations unilatérales par lesquelles un État ou une organisation internationale accepte une disposition d'un traité en vertu d'une clause facultative à une réserve à un traité multilatéral. Sans doute est-il exact que leur objet ultime est de limiter l'effet juridique de la disposition que l'auteur de la déclaration reconnaît ainsi comme lui étant applicable. Mais la réserve en question n'est pas détachable de la déclaration et ne constitue pas, en elle-même, une déclaration unilatérale.

²³⁹ Par. 44. Voir aussi le paragraphe 47 : "Ainsi, les déclarations et les réserves doivent être considérées comme un tout".

²⁴⁰ Arrêt du 19 décembre 1978, affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, *CIJ Recueil 1978*, p. 33, par. 79.

14) Compte tenu de l'extrême importance théorique et pratique²⁴¹ de la distinction, il paraît nécessaire de compléter le projet de directive 1.4.6 en précisant que, pas davantage que les déclarations faites en vertu d'une clause facultative, les conditions et restrictions dont celles-ci peuvent être assorties ne constituent des réserves au sens du Guide de la pratique.

1.4.7 [1.4.8] Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, en conformité avec une clause d'un traité obligeant expressément les parties à choisir entre deux ou plusieurs dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

Commentaire

1) Le projet de directive 1.4.7 s'insère dans un ensemble, constitué également par les projets de directives 1.1.8 et 1.4.6, dont le point commun est de porter sur des déclarations unilatérales faites en vertu de dispositions expresses d'un traité, permettant aux Parties de moduler les obligations leur incombant en vertu de celui-ci, soit qu'elles aient la possibilité de limiter ces obligations sur le fondement d'une clause d'exclusion (projet de directive 1.1.8), soit qu'elles puissent accepter des obligations particulières en vertu d'une clause facultative (projet de directive 1.4.6). Mais il concerne l'hypothèse, distincte, dans laquelle le traité impose aux États de choisir entre certaines de ses dispositions, étant entendu, comme le montrent les exemples donnés ci-après, que l'expression "deux ou plusieurs dispositions du traité" doit être comprise comme couvrant non seulement des articles ou des alinéas, mais aussi des chapitres, sections ou parties d'un traité, ou même des annexes faisant partie intégrante de celui-ci.

2) Cette hypothèse est expressément envisagée par le paragraphe 2 de l'article 17 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Alors que le premier paragraphe de cette disposition concerne l'exclusion partielle des dispositions d'un traité en vertu d'une clause d'exclusion,

²⁴¹ Notamment en matière d'interprétation; cf. l'arrêt précité de la CIJ du 4 décembre 1998 dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, par. 42 à 56.

le paragraphe 2 vise l'hypothèse, intellectuellement distincte, dans laquelle le traité contient une clause permettant le choix entre plusieurs de ses dispositions :

"Le consentement d'un État [ou d'une organisation internationale] à être lié par un traité qui permet de choisir entre des dispositions différentes ne produit effet que si les dispositions sur lesquelles il porte sont clairement indiquées".

3) Le commentaire de cette disposition, reprise sans changement par la Conférence de Vienne²⁴², est concis mais précise suffisamment l'hypothèse envisagée :

"Le paragraphe 2 vise une pratique qui n'est pas très commune mais qu'on rencontre parfois, par exemple dans l'Acte général d'arbitrage (Règlement pacifique des différends internationaux) et dans quelques conventions conclues sous les auspices de l'Organisation internationale du Travail. Le traité offre à chaque État le choix entre des dispositions différentes du traité"²⁴³.

4) Toutefois, comme on l'a fait remarquer²⁴⁴, il n'est pas exact (ou, en tout cas, plus exact) qu'une telle pratique ne soit, aujourd'hui, "pas très commune". Elle est, en réalité, assez répandue, du moins dans le sens assez vague que lui donnait la Commission en 1966. Mais celui-ci inclut deux hypothèses distinctes, qui ne se recouvrent pas entièrement.

5) La première est illustrée, par exemple, par les déclarations faites en vertu de l'Acte général d'arbitrage de 1928 dont l'article 38, alinéa 1, dispose :

²⁴² Voir Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions (Vienne, 26 mars au 24 mai 1968 et 9 avril au 2 mai 1969), *Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), rapports de la Commission plénière, par. 156 et 157, p. 141.

²⁴³ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 200, par. 3 du commentaire de l'article 14 (devenu l'article 17 en 1969).

²⁴⁴ Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *ICLQ* 1999, p. 504.

"Les adhésions au présent Acte général pourront s'appliquer :

- a) Soit à l'ensemble de l'Acte (chapitres Ier, II, III et IV);
- b) Soit seulement aux dispositions relatives à la conciliation et au règlement judiciaire (chapitres Ier et II), ainsi qu'aux dispositions générales concernant cette procédure (chapitre IV)"²⁴⁵.

Il en va de même de plusieurs conventions de l'OIT où cette technique, souvent reprise par la suite²⁴⁶, a été inaugurée par la Convention No 102 de 1952 sur la norme minimum de sécurité sociale, dont l'article 2 dispose :

"Tout membre pour lequel la présente Convention est en vigueur devra :

- a) Appliquer :
 - i) La partie I;
 - ii) Trois au moins des parties II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX et X;
 - iii) Les dispositions correspondantes des parties XI, XII et XIII;
 - iv) La partie XIV".

Dans le même esprit, on peut également citer la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, dont l'article 20, paragraphe 1, prévoit un "système d'acceptation partielle facultatif"²⁴⁷:

²⁴⁵ L'Acte général révisé de 1949 ajoute une troisième possibilité : "C. Soit seulement aux dispositions relatives à la conciliation (chap. I), ainsi qu'aux dispositions générales concernant cette procédure (chap. IV)".

²⁴⁶ Voir P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 172.

²⁴⁷ Hans Wiebringhous, "La Charte sociale européenne : vingt ans après la conclusion du Traité", AFDI, 1982, p. 936.

"Chacune des Parties contractantes s'engage :

- a) À considérer la partie I de la présente Charte comme une déclaration déterminant les objectifs dont elle poursuivra par tous les moyens utiles la réalisation, conformément au paragraphe introductif de ladite partie;
- b) À se considérer comme liée par cinq au moins des sept articles suivants de la partie II de la Charte : articles 1er, 5, 6, 12, 13, 16 et 19;
- c) À se considérer comme liée par un nombre supplémentaire d'articles ou paragraphes numérotés de la partie II de la Charte, qu'elle choisira, pourvu que le nombre total des articles et des paragraphes numérotés qui la lient ne soit pas inférieur à 10 articles ou à 45 paragraphes numérotés"²⁴⁸.

6) De telles dispositions ne sauraient être assimilées aux clauses facultatives mentionnées dans le projet de directive 1.4.6, dont elles se distinguent très nettement : les déclarations qu'elles invitent les Parties à formuler sont non pas facultatives mais obligatoires et conditionnent l'entrée en vigueur du traité à leur égard²⁴⁹ et elles doivent nécessairement être faites à l'occasion du consentement à être lié par le traité.

²⁴⁸ Ce système complexe a été repris par l'article A, par. 1, de la Charte sociale révisée le 3 mai 1996. Voir aussi les articles 2 et 3 du Code européen de sécurité sociale de 1964 ou l'article 2 de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992 : "1. Chaque Partie s'engage à appliquer les dispositions de la partie II à l'ensemble des langues régionales ou minoritaires pratiquées sur son territoire, qui répondent aux définitions de l'article 1er. 2. En ce qui concerne toute langue indiquée au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation, conformément à l'article 3, chaque Partie s'engage à appliquer un minimum de trente-cinq paragraphes ou alinéas choisis parmi les dispositions de la partie III de la présente Charte, dont au moins trois choisis dans chacun des articles 8 et 12 et un dans chacun des articles 9, 10, 11 et 13".

²⁴⁹ Ceci ressort du reste de la rédaction de l'article 17, par. 2, précité (par. 2) des Conventions de Vienne.

7) De même, on ne peut assimiler complètement ces déclarations à celles faites en application d'une clause d'exclusion²⁵⁰. Sans doute, au bout du compte, reviennent-elles à exclure l'application des dispositions n'y figurant pas. Mais elles le font indirectement, par le biais d'une "acceptation partielle"²⁵¹, et non en excluant l'effet juridique de celles-ci mais du fait du silence gardé par l'auteur de la déclaration à leur égard.

8) Il en va de même des déclarations faites en vertu de la seconde catégorie de clauses conventionnelles ouvrant, plus nettement encore, un choix entre les dispositions du traité du fait qu'elles obligent les parties à retenir une disposition donnée (ou un ensemble de dispositions déterminé) *ou, alternativement*, une autre disposition (ou un ensemble d'autres dispositions). Il ne s'agit plus ici de choisir *parmi* les dispositions du traité mais *entre elles*, étant entendu que, contrairement à ce qui se passe dans le cas précédent, le cumul est exclu²⁵² et l'acceptation du traité n'est pas partielle (même si les obligations en découlant peuvent être plus ou moins contraignantes selon l'option choisie).

9) Ces "clauses alternatives" sont plus rares que celles analysées ci-dessus. Elles n'en existent pas moins, comme le montre, par exemple, l'article 2 de la Convention No 96 (révisée) de l'OIT de 1949 sur les bureaux de placement payants²⁵³ :

²⁵⁰ Voir le projet de directive 1.1.8.

²⁵¹ P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 170.

²⁵² L'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 est intermédiaire entre les deux procédés : les États doivent choisir une ou plusieurs procédures obligatoires de règlement des différends aboutissant à des décisions obligatoires, faute de quoi la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII s'applique. Mais il peut exister un cumul des différentes procédures prévues.

²⁵³ Pierre-Henri Imbert souligne qu'il s'agit du "meilleur exemple" de ce type de clause permettant "aux États de procéder à un choix dans le sens restrictif" (*Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 172); voir aussi Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, No 5, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 1988, p. 134.

"1. Tout Membre qui ratifie la présente Convention indiquera dans son instrument de ratification s'il accepte les dispositions de la partie II, prévoyant la suppression progressive des bureaux de placement payants à fin lucrative et la réglementation des autres bureaux de placement, ou les dispositions de la partie III prévoyant la réglementation des bureaux de placement payants, y compris les bureaux de placement à fin lucrative.

2. Tout Membre qui accepte les dispositions de la partie III de la Convention peut ultérieurement notifier au Directeur général qu'il accepte les dispositions de la partie II; à partir de la date d'enregistrement d'une telle notification par le Directeur général, les dispositions de la partie III de la Convention cesseront de porter effet à l'égard dudit Membre et les dispositions de la partie II lui deviendront applicables"²⁵⁴.

10) Comme on l'a écrit, "[o]ptional commitments ought to be distinguished from authorized reservations although they in many respects resemble such reservations"²⁵⁵ (les engagements optionnels devraient être distingués des réserves même s'ils leur ressemblent à maints égards). Du reste, le silence du paragraphe 2 de l'article 17 des Conventions de Vienne, qui tranche avec l'allusion du paragraphe 1 aux articles 19 à 23 relatifs aux réserves²⁵⁶, constitue, par contraste avec les déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause d'exclusion, un indice de la nette césure existant entre les réserves et ces engagements alternatifs.

²⁵⁴ Voir aussi la section 1 de l'article XIV des Statuts du FMI (modifié en 1976), aux termes duquel: "Chaque État membre doit notifier au Fonds s'il entend se prévaloir des dispositions transitoires prévues à la section 2 du présent article ['Restrictions de change'] ou s'il est prêt à assumer les obligations visées aux sections 2, 3 et 4 de l'article VIII ['Obligations générales des États membres']. Dès qu'un État membre se prévalant des dispositions transitoires est prêt à assumer les obligations susmentionnées, il en notifie le Fonds".

²⁵⁵ F. Horn, *ibid.*, p. 133.

²⁵⁶ Cf. les paragraphes 13 à 15 du commentaire du projet de directive 1.1.8.

11) Dans les deux formes qu'ils peuvent prendre, il s'agit, assurément, d'alternatives aux réserves en ce sens qu'ils constituent des procédés permettant de moduler l'application d'un traité en fonction des préférences des parties (même si ces préférences sont fortement encadrées par le traité). Au surplus, ils revêtent, comme les réserves, la forme de déclarations unilatérales faites à la signature ou lors de l'expression du consentement à être lié (même s'ils peuvent être modifiés par la suite – mais, à certaines conditions, les réserves peuvent l'être aussi). Et le fait qu'ils soient nécessairement prévus par le traité auquel ils se rattachent ne constitue pas non plus un facteur de différenciation avec les réserves qui peuvent également être limitativement prévues par une clause de réserves.

12) Mais les différences entre ces déclarations et les réserves n'en sont pas moins frappantes du fait qu'à l'inverse de celles-ci, ces déclarations sont, en vertu du traité, la condition *sine qua non*²⁵⁷ de la participation de l'auteur de la déclaration au traité. Au surplus, elles excluent, certes, l'application de certaines dispositions du traité à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui fait la déclaration, mais cette exclusion tient au traité lui-même et est inséparable de l'entrée en vigueur d'autres dispositions du traité à l'égard de l'auteur de la même déclaration.

1.7 Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives

Commentaire

1) Les réserves ne constituent pas le seul procédé permettant aux parties à un traité d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions de celui-ci ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers. Dès lors, il paraît utile de lier l'étude de la définition des réserves à celle d'autres procédés qui, tout en n'étant pas des réserves, ont également pour objet et pour effet de permettre aux États de moduler les obligations résultant d'un traité auquel

²⁵⁷ Telle est la raison pour laquelle le projet de directive 1.4.7 précise que le traité doit obliger expressément les Parties à choisir entre deux ou plusieurs de ses dispositions; si le choix est optionnel on est en présence d'une clause d'exclusion au sens du projet de directive 1.1.8.

ils sont parties; il s'agit là d'alternatives aux réserves et le recours à de tels procédés peut probablement permettre, dans des cas particuliers, de surmonter certains problèmes liés aux réserves. Dans l'esprit de la Commission, ces procédés, loin de constituer des invitations faites aux États de rendre un traité moins effectif, comme certains membres ont semblé le craindre, contribueraient plutôt à rendre le recours aux réserves moins "nécessaire" ou fréquent, en offrant des techniques conventionnelles plus souples.

2) Par ailleurs, certains membres de la Commission ont estimé que certaines de ces alternatives différaient profondément des réserves du fait qu'elles constituaient des clauses figurant dans le traité lui-même et non pas des déclarations unilatérales et que, de ce fait, elles relevaient du processus rédactionnel d'un traité plus que de son application. Il est cependant apparu que, produisant des effets presque identiques à ceux qui sont produits par les réserves, ces techniques méritent d'être mentionnées dans le chapitre du Guide de la pratique consacré à la définition des réserves, ne fût-ce que pour mieux cerner les éléments clés de ce concept, les en distinguer et, le cas échéant, en tirer des leçons en ce qui concerne le régime juridique des réserves.

3) *Mutatis mutandis*, le problème se pose de la même manière s'agissant des déclarations interprétatives dont l'objectif peut être atteint par d'autres moyens.

4) Certains de ces procédés alternatifs font l'objet de projets de directives dans la section 1.4 du Guide de la pratique. Néanmoins, ceux-ci ne portent que sur "[l]es déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité qui ne sont ni des réserves ni des déclarations interprétatives"²⁵⁸, à l'exclusion des autres techniques de modulation des dispositions d'un traité ou de leur interprétation. Étant donné le caractère pratique du Guide dont elle a entrepris la rédaction, la Commission a considéré qu'il pouvait être utile de consacrer une brève section de cet instrument à l'ensemble de ces procédés alternatifs aux réserves et aux déclarations interprétatives afin de rappeler aux utilisateurs, et, en particulier aux négociateurs des traités, la large gamme de possibilités qui s'offrent à eux à ces fins.

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternatives aux réserves

Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs, tels que :

- l'insertion dans le traité de clauses restrictives, visant à limiter sa portée ou son application;
- la conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.

Commentaire

1) La formulation de réserves constitue pour les États (et, dans une certaine mesure, pour les organisations internationales) un moyen de préserver partiellement leur liberté d'action alors même qu'ils acceptent en principe de la limiter en se liant par un traité. Cette "préoccupation de chaque gouvernement de préserver sa faculté de rejeter ou d'adopter [et d'adapter] le droit (préoccupation défensive, minimale)"²⁵⁹ est particulièrement présente dans deux hypothèses : soit lorsque le traité dont il s'agit touche des domaines spécialement sensibles ou comporte des obligations exceptionnellement contraignantes²⁶⁰, soit lorsqu'il lie des États se trouvant dans des situations très différentes et aux besoins desquels une réglementation uniforme ne répond pas forcément.

2) C'est une considération de ce genre qui a conduit les auteurs de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (OIT) à préciser, au paragraphe 3 de l'article 19 :

²⁵⁸ Cf. le projet de directive 1.4.

²⁵⁹ Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Économica, 1983, p. 31.

²⁶⁰ Tel est le cas, par exemple, des actes constitutifs d'organisations internationales "d'intégration" (cf. les Traités créant les Communautés européennes; voir aussi le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale).

"En formant une convention ou une recommandation d'une application générale, la Conférence devra avoir égard aux pays dans lesquels le climat, le développement incomplet de l'organisation industrielle ou d'autres circonstances particulières rendent les conditions de l'industrie essentiellement différentes, et elle aura à suggérer telles modifications qu'elle considérerait comme pouvant être nécessaires pour répondre aux conditions propres à ces pays"²⁶¹.

Selon l'OIT, qui se fonde sur cet article pour justifier le refus des réserves aux conventions internationales du travail²⁶² :

"On peut considérer qu'en imposant ainsi à la Conférence l'obligation de tenir compte, à l'avance, des conditions particulières de chaque pays, les rédacteurs des traités de paix ont entendu interdire aux États d'invoquer, après l'adoption d'une convention, une situation spéciale qui n'aurait pas été soumise à l'appréciation de la Conférence"²⁶³.

Comme dans le cas des réserves, mais par un procédé différent, l'objectif est :

"to protect the integrity of the essential object and purpose of the treaty while simultaneously allowing the maximum number of states to become parties, though they are unable to assume full obligations."²⁶⁴

²⁶¹ Cette disposition reprend les dispositions de l'article 405 du Traité de Versailles.

²⁶² Voir le commentaire du projet de directive 1.1.8, par. 3).

²⁶³ "Faculté de formuler des réserves dans les conventions générales", mémorandum du Directeur du Bureau international du Travail soumis au Conseil le 15 juin 1927, Société des Nations, *Journal officiel*, juillet 1927, p. 883. Voir aussi "Written Statement of the International Labour Organization" in *CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents – Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, p. 224 et 236.

²⁶⁴ W. Paul Gormley, "The Modification of Multilateral Conventions by Means of 'Negotiated Reservations' and Other 'Alternatives': A Comparative Study of the ILO and Council of Europe", Part I, *Fordham Law Review*, 1970-1971, p. 65. Fort de ces similitudes, cet auteur, au prix de confusions terminologiques troublantes, englobe dans une même étude "all devices the

(de protéger l'intégrité du but et de l'objet essentiels du traité, tout en permettant à un nombre maximum d'États de devenir parties, alors même qu'ils sont incapables d'assumer toutes les obligations conventionnelles).

3) La recherche de la conciliation de ces deux buts constitue l'objectif aussi bien des réserves proprement dites que des procédés alternatifs objets du projet de directive 1.7.1. Les réserves sont l'un des moyens visant à réaliser cette conciliation. Mais elles ne sont pas, loin s'en faut, "la seule technique qui permette de diversifier le contenu d'un traité dans son application aux parties"²⁶⁵ tout en ne portant pas atteinte à son objet et à son but. Bien d'autres procédés sont utilisés en vue de donner aux traités une flexibilité rendue nécessaire par la diversité des situations des États ou des organisations internationales ayant vocation à être liés²⁶⁶, étant entendu que le mot "peuvent" figurant dans le projet de directive 1.7.1 ne doit pas être interprété comme impliquant un quelconque jugement de valeur sur l'utilisation de l'une ou l'autre technique mais doit être entendu comme étant purement descriptif.

4) Le point commun de ces procédés, qui en fait des alternatives aux réserves, est que, comme elles, ils visent "à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité"²⁶⁷, ou "du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers"²⁶⁸ dans leur

application of which permit a state to become a party to a multilateral convention without immediately assuming all of the maximum obligations set forth in the text" (tous les mécanismes dont la mise en œuvre permet à un État de devenir partie à une convention multilatérale sans assumer immédiatement l'ensemble des obligations maximales prévues par le texte), *ibid.*, p. 64.

²⁶⁵ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 133.

²⁶⁶ Certains auteurs se sont efforcés de réduire à l'unité l'ensemble de ces procédés; voir notamment, Georges Droz, qui oppose "réserves" et "facultés" ("Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé", *RCDIP* 1969, p. 383). En revanche, Ferenc Majoros considère que "l'ensemble des 'facultés' n'est qu'un groupe amorphe de dispositions *qui accordent des options diverses*" ("Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye", *J.D.I.* 1974, p. 88 – italiques dans le texte).

²⁶⁷ Voir le projet de directive 1.1.

application à certaines parties. Mais là s'arrêtent les similitudes et leur inventaire s'avère difficile "car l'imagination des juristes et des diplomates dans ce domaine s'est révélée sans limites"²⁶⁹. Au surplus, d'une part, certains traités combinent plusieurs de ces procédés (entre eux et avec celui des réserves) et, d'autre part, il n'est pas toujours aisé de les distinguer clairement les uns des autres²⁷⁰.

5) Il existe de multiples façons de les regrouper, en fonction des techniques utilisées (conventionnelles ou unilatérales), de l'objet poursuivi (extension ou restriction des obligations découlant du traité) ou du caractère réciproque ou non de leurs effets. On peut aussi les distinguer selon que la modulation des effets juridiques des dispositions d'un traité est prévue dans le traité lui-même ou résulte d'éléments exogènes.

6) Dans la première de ces deux catégories, on peut citer :

- les clauses restrictives, "qui limitent l'objet de l'obligation en lui apportant des exceptions ou des limites"²⁷¹ quant au domaine couvert par l'obligation ou à sa validité temporelle;

²⁶⁸ Voir le projet de directive 1.1.1.

²⁶⁹ Michel Virally, "Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités", in Université catholique de Louvain, quatrième colloque du Département des droits de l'homme, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 6.

²⁷⁰ Ibid., p. 17.

²⁷¹ Ibid., p. 10. Cette notion correspond aux "*clawback clauses*" telles qu'elles ont été définies par Rosalyn Higgins : "By a 'clawback' clause is meant one that permits, in normal circumstances, breach of an obligation for a specified number of public reasons" (Par *clawback clause*, on vise une disposition qui permet, dans les circonstances normales, de ne pas respecter une obligation pour un certain nombre de raisons d'ordre public spécifiées à l'avance) ("Derogations Under Human Rights Treaties", *BYBIL* 1976-1977, p. 281; voir aussi Fatsah Ouguergouz, "L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme : les réponses du droit international général", *RGDIP* 1994, p. 296). D'autres auteurs proposent une définition plus restrictive; selon R. Gitleman, les *clawback clauses* sont des dispositions "that entitle a state

- les clauses d'exception, "qui ont pour objet d'écarter l'application des obligations générales dans des hypothèses particulières"²⁷² et parmi lesquelles on peut distinguer les clauses de sauvegarde d'une part et les dérogations d'autre part²⁷³;

les clauses facultatives ou d'*opting* [ou de *contracting*] *in*, que l'on a définies comme "celles auxquelles les parties n'adhèrent que par une acceptation spéciale, distincte de l'adhésion au traité dans son ensemble"²⁷⁴;

to restrict the granted rights to the extent permitted by domestic law" (qui permettent à un État de réduire les droits accordés par la convention dans les limites permises par le droit interne) ("The African Charter on Human and People's Rights", *Virg. J. Int. L.* 1982, p. 691, cité par Rusen Ergec, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles – Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 25).

²⁷² M. Virally, *ibid.*, p. 12.

²⁷³ Les sauvegardes permettent à une partie contractante de ne pas appliquer, temporairement, certaines disciplines du traité du fait des difficultés qu'elle rencontre dans leur mise en œuvre par suite de circonstances spéciales, tandis que les dérogations (*waivers*), qui produisent le même effet, doivent être autorisées par les autres parties contractantes ou par un organe chargé du contrôle de la mise en œuvre du traité. La comparaison des articles XIX, par. 1, et XXV, par. 5, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 fait bien ressortir la différence. Aux termes du premier : "Si, par suite de l'évolution imprévue des circonstances et par l'effet des engagements, y compris les concessions tarifaires, qu'une partie contractante a assumés en vertu du présent accord, un produit est importé sur le territoire de cette partie contractante en quantités tellement accrues et à des conditions telles qu'il menace de porter un préjudice grave aux producteurs nationaux de produits similaires, cette partie contractante aura la faculté, en ce qui concerne ce produit, dans la mesure et pendant le temps qui pourront être nécessaires pour prévenir ou réparer ce préjudice, de suspendre l'engagement en totalité ou en partie, de retirer ou de modifier la concession"; il s'agit d'une sauvegarde (cette faculté a été réglementée mais non supprimée par l'Accord sur les sauvegardes du GATT de 1994 (Marrakech, 15 avril 1994)). Au contraire, la disposition générale du paragraphe 5 de l'article XXV (intitulé "Action collective des parties contractantes") constitue une clause de dérogation : "Dans les circonstances exceptionnelles autres que celles qui sont prévues par d'autres articles du présent Accord, les Parties contractantes pourront relever une Partie contractante d'une des obligations qui lui sont imposées par le présent Accord, à la condition qu'une telle décision soit sanctionnée par une majorité des deux tiers des votes émis et que cette

- les clauses d'exclusion ou d'opting [ou de contracting] out "under which a State will be bound by rules adopted by majority vote if it does not express its intent not to be bound within a certain period of time"²⁷⁵ (en vertu desquelles un État sera lié par les règles adoptées à la majorité s'il n'exprime pas l'intention de ne pas être lié dans un délai donné); ou
- celles qui offrent aux parties le choix entre plusieurs dispositions; ou encore les clauses de réserves elles-mêmes, qui permettent aux parties contractantes de formuler des réserves, en les soumettant, le cas échéant, à certaines conditions et restrictions.

7) Entrent dans la seconde catégorie²⁷⁶, qui inclut l'ensemble des procédés permettant aux parties de moduler l'effet des dispositions du traité mais qui ne sont pas expressément envisagés par celui-ci :

- les réserves à nouveau, lorsque leur formulation n'est pas prévue ou réglementée par l'instrument sur lequel elles portent;
- la suspension du traité²⁷⁷, dont les causes sont énumérées et codifiées dans la partie V des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, en particulier l'application des principes *rebus sic stantibus*²⁷⁸ et *non adimpleti contractus*²⁷⁹;

majorité comprenne plus de la moitié des Parties contractantes" (voir aussi l'article VIII, section 2.a), des Statuts du FMI).

²⁷⁴ Michel Virally, op. cit., p. 13.

²⁷⁵ Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *RCADI* 1994-VI, vol. 250, p. 329; voir aussi Christian Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", *RCADI* 1993, vol. 241, p. 264 et suiv.

²⁷⁶ Parmi ces dernières techniques de modulation, les deux premières sont unilatérales mais relèvent du droit international général des traités, les deux dernières de l'initiative conjointe des parties au traité ou de certaines d'entre elles, postérieurement à son adoption.

²⁷⁷ L'extinction du traité est de nature différente : elle met fin aux rapports conventionnels.

- les amendements au traité, lorsqu'ils ne lient pas automatiquement toutes les parties à celui-ci²⁸⁰; ou
- les protocoles ou accords ayant pour objet (ou pour effet) de compléter ou de modifier un traité multilatéral entre certaines parties seulement²⁸¹, y compris dans le cadre de la "bilatéralisation"²⁸².

8) Cette liste ne prétend nullement à l'exhaustivité : comme cela est souligné ci-dessus²⁸³, les négociateurs font preuve d'une ingéniosité qui paraît sans limite et qui exclut toute prétention à l'exhaustivité. Pour cette raison, le projet de directive 1.7.1 se borne à mentionner deux procédés qui ne le sont pas ailleurs et qui sont parfois qualifiés de "réserves" alors même qu'ils ne répondent nullement à la définition figurant dans le projet de directive 1.1.

9) D'autres "alternatives aux réserves", qui se traduisent par des déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité, ont fait l'objet de projets de directives figurant dans la section 1.4 du Guide de la pratique. Tel est le cas des déclarations faites en vertu :

- d'une clause facultative, éventuellement assorties de conditions et restrictions (projet de directive 1.4.6) ou
- d'une clause imposant de choisir entre plusieurs dispositions ou groupes de dispositions (projet de directive 1.4.7).

²⁷⁸ Cf. l'article 62 des Conventions de Vienne.

²⁷⁹ Cf. l'article 60 des Conventions de Vienne.

²⁸⁰ Cf. les articles 40, par. 4, et 30, par. 4, des Conventions de Vienne.

²⁸¹ Cf. l'article 41 des Conventions de Vienne.

²⁸² Voir par. 19) à 23).

²⁸³ Voir par. 4) du commentaire.

10) D'autres procédés alternatifs sont tellement évidemment distincts des réserves, qu'il n'a pas paru utile de les mentionner spécifiquement dans le Guide de la pratique. Il en va ainsi, par exemple, des notifications de suspension du traité. Il s'agit, à nouveau, de déclarations unilatérales comme le sont les réserves. Et, comme celles-ci, elles peuvent viser à exclure l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'auteur de la notification, si celles-ci sont divisibles²⁸⁴, mais seulement à titre temporaire. Régies par l'article 65, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986²⁸⁵, elles visent à libérer les parties "entre lesquelles l'application du traité est suspendue de l'obligation d'exécuter le traité dans leurs relations mutuelles pendant la période de suspension"²⁸⁶ et se différencient nettement des réserves, moins par le caractère temporaire de l'exclusion de l'application du traité²⁸⁷ que par

²⁸⁴ Cf. les articles 57.a (suspension de l'application d'un traité en vertu de ses dispositions) et 44 des deux Conventions de Vienne sur la "divisibilité des dispositions d'un traité"). Voir Paul Reuter, "Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels" in Y. Dinstein, ed., *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 623 à 634, également reproduit in Paul Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international – Écrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p. 361 à 374.

²⁸⁵ "La partie qui, sur la base des dispositions de la présente Convention invoque soit un vice de son consentement à être liée par un traité, soit un motif de contester la validité d'un traité, d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application, doit notifier sa prétention aux autres parties. La notification doit indiquer la mesure envisagée à l'égard du traité et les raisons de celle-ci."

²⁸⁶ Art. 72 des Conventions de Vienne.

²⁸⁷ Certaines réserves peuvent n'être faites que pour une période déterminée; ainsi Frank Horn donne l'exemple de la ratification par les États-Unis de la Convention de Montevideo sur l'extradition de 1933 sous réserve que certaines de ses dispositions ne leur seraient pas applicables "until subsequently ratified in accordance with the Constitution of the United States" (jusqu'à ce qu'elles soient ratifiées ultérieurement conformément à la Constitution des États-Unis) (*Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, No 5, T.M.C. The Hague, Asser Instituut, 1988, p. 100). Et certaines clauses de réserves imposent même un tel caractère provisoire (cf. l'article 25, par. 1, de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967, et l'article 14, par. 2, de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975, rédigés dans les mêmes termes : "Chaque réserve aura effet pendant cinq ans à partir de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de la Partie

le moment auquel elles interviennent, nécessairement postérieur à l'entrée en vigueur du traité à l'égard de l'auteur de la déclaration. Du reste, les Conventions de Vienne les soumettent à un régime juridique clairement distinct de celui des réserves²⁸⁸.

11) Il en va de même lorsque la suspension de l'effet des dispositions d'un traité résulte d'une notification faite non pas, comme dans l'hypothèse envisagée ci-dessus, en vertu des règles du droit international général des traités, mais sur le fondement de dispositions particulières figurant dans le traité lui-même²⁸⁹. L'identité de conception entre cette technique et celle des réserves mérite d'être signalée : "L'une comme l'autre, en effet, sont en apparence peu soucieuses de l'intégrité de l'accord international à laquelle elles préfèrent une application plus universelle dudit accord. La faculté de formuler des réserves est un élément propre à favoriser une acceptation plus générale des traités internationaux. De même, la possibilité de se délier ou d'être délié, pour un temps déterminé, de ses obligations internationales est de nature à inciter l'État hésitant à adhérer finalement à un engagement qui lui offre certains avantages. Là s'arrête toutefois le rapprochement entre les deux procédés"²⁹⁰. En effet, dans le cas de la réserve, les partenaires de l'État ou de l'organisation internationale réservataire sont informés *ab initio* des limites de l'engagement de celui-ci, alors que, dans le cas d'une déclaration faite en vertu d'une clause d'exception, il s'agit de pallier des difficultés imprévisibles nées de l'application du traité. L'élément temporel inclus dans la définition des réserves est donc absent, comme il l'est

considérée. Elle pourra être renouvelée pour des périodes successives de cinq ans au moyen d'une déclaration adressée avant l'expiration de chaque période au Secrétaire général du Conseil de l'Europe"; ou l'article 20 de la Convention Divorce de la Conférence de La Haye du 1er juin 1970, qui autorise un État contractant ne connaissant pas le divorce à se réserver le droit de ne pas reconnaître un divorce, mais dont l'alinéa 2 dispose : "Cette réserve n'aura d'effet qu'aussi longtemps que la loi de l'État qui en a fait usage ne connaîtra pas le divorce").

²⁸⁸ Cf., en particulier, les articles 65, 67, 68 et 72.

²⁸⁹ Comme cela est indiqué ci-dessus (note 273), ces clauses d'exception se répartissent en deux catégories : les clauses de dérogation d'une part, les clauses de sauvegarde d'autre part.

²⁹⁰ Aleth Manin, "À propos des clauses de sauvegarde", *R.T.D.E.* 1970, p. 3.

s'agissant de toutes les déclarations unilatérales visant à la suspension des dispositions d'un traité²⁹¹. Compte tenu de l'absence de risques de confusion sérieux entre ces notifications d'une part et les réserves d'autre part, l'inclusion d'un projet de directive concernant les premières dans le Guide de la pratique ne paraît pas indispensable.

12) Il en va différemment en ce qui concerne deux autres procédés, que l'on peut également considérer comme des alternatives aux réserves en ce sens qu'ils visent (ou peuvent viser) à moduler les effets d'un traité en fonction de certaines particularités de la situation des parties : les clauses restrictives d'une part et, d'autre part, les accords par lesquels deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.

13) En apparence, tout, si ce n'est leur objet, distingue ces procédés des réserves. Il s'agit de techniques purement conventionnelles, qui se traduisent non par des déclarations unilatérales mais par un ou des accords entre les parties au traité ou certaines d'entre elles. Cependant, qu'il s'agisse des clauses restrictives figurant dans le traité, des amendements n'entrant en vigueur qu'entre certaines parties au traité ou des procédés de "bilatéralisation", des problèmes peuvent se poser ne fût-ce que du fait de certaines prises de position doctrinales qualifiant, de manière fort discutable, ces procédés de "réserves". Telle est la raison pour laquelle la majorité des membres de la Commission a jugé utile de les mentionner expressément dans le projet de directive 1.7.1.

14) Les clauses restrictives visant à limiter l'objet des obligations résultant du traité en leur apportant des exceptions et des limites sont innombrables et se retrouvent dans des traités portant sur les sujets les plus divers, qu'il s'agisse du règlement des différends²⁹², de la protection des

²⁹¹ Voir *supra*, par. 10. En ce sens, voir Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *ICLQ* 1999, p. 501 et 502.

²⁹² Outre l'article 27 de la Convention européenne de 1957 citée ci-après (note 40), voir par exemple l'article premier du Traité franco-britannique d'arbitrage du 14 octobre 1903, qui a servi de modèle à de très nombreux traités ultérieurs : "Les différends d'ordre juridique ou relatifs à l'interprétation des traités existant entre les deux Parties contractantes, qui viendraient

droits de l'homme²⁹³ ou de l'environnement²⁹⁴, de commerce²⁹⁵, du droit des conflits armés²⁹⁶, etc. Même si de telles dispositions se rapprochent des réserves par leur objet²⁹⁷, les

à se produire entre elles et qui n'auraient pu être réglés par la voie diplomatique, seront soumis à la Cour permanente d'arbitrage, établie par la Convention du 29 juillet 1899, à La Haye, à la condition, toutefois, qu'ils ne mettent en cause ni les intérêts vitaux, ni l'indépendance ou l'honneur des deux États contractants et qu'ils ne touchent pas aux intérêts de tierces Puissances".

²⁹³ Cf. les "*clawback clauses*" évoquées ci-dessus, note 14. À titre d'exemple (ici encore, ces traités sont innombrables), voir l'article 4 du Pacte de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : "Les États parties au présent Pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent Pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique".

²⁹⁴ Cf. l'article VII ("Dérogations et autres dispositions particulières concernant le commerce") de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction du 3 mars 1973 ou l'article 4 ("Exceptions") de la Convention de Lugano du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.

²⁹⁵ Cf. les articles XII ("Restrictions destinées à protéger l'équilibre de la balance des paiements"), XIV ("Exceptions à la règle de non-discrimination"), XX ("Exceptions générales") ou XXI ("Exceptions concernant la sécurité") de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947.

²⁹⁶ Cf. les articles 5, commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ("Dérogations").

²⁹⁷ Le professeur Pierre-Henri Imbert donne deux exemples qui font bien ressortir cette différence essentielle en opposant l'article 39 de l'Acte général d'arbitrage révisé du 28 avril 1949 à l'article 27 de la Convention européenne du 29 avril 1957 sur le règlement pacifique des différends (*Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 10); aux termes de l'article 39, par. 2, de l'Acte général, des réserves limitativement énumérées et qui "devront être indiquées au moment de l'adhésion" et "pourront être formulées de manière à exclure des procédures décrites par le présent Acte : a) Les différends nés de faits antérieurs, soit à l'adhésion de la Partie qui formule la réserve, soit à l'adhésion d'une autre Partie avec laquelle la première viendrait à avoir un différend; b) Les différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des États"; pour sa part, l'article 27 de la Convention de 1957 dispose : "Les dispositions de la présente Convention ne s'appliquent pas : a) Aux différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente Convention entre les Parties au différend; b) Aux différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des États". L'article 39 de 1949 est une clause

deux techniques "opèrent" différemment : dans le cas des clauses restrictives, l'exclusion est générale et résulte du traité lui-même; dans celui des réserves, elle n'est qu'une possibilité ouverte aux États parties, permise par le traité, mais qui ne devient effective que si une déclaration unilatérale est faite au moment de l'adhésion²⁹⁸.

15) À première vue, il n'existe aucun risque de confusion entre de telles clauses restrictives et des réserves. Toutefois, non seulement le langage courant est trompeur et "il est fréquent de rencontrer des expressions telles que 'réserves d'ordre public' ou de 'nécessités militaires' ou 'de compétence exclusive'"²⁹⁹, mais encore les auteurs, et parmi les plus éminents, entretiennent une confusion qui n'a pas lieu d'être. Ainsi, par exemple, dans un passage souvent repris³⁰⁰ de

de réserves; l'article 27 de 1957, une "clause restrictive". Les similitudes sont, évidemment, frappantes : dans les deux cas, il s'agit de faire échapper des catégories identiques de différends aux modes de règlement prévus par le traité.

²⁹⁸ Dans l'exemple précédent, il n'est donc pas tout à fait exact, que, comme l'écrit P.-H. Imbert, "[d]ans la pratique, l'article 27 de la Convention européenne entraîne le même résultat qu'une réserve à l'Acte général" (ibid., p. 10). Ce n'est vrai que pour ce qui est des relations de l'État réservataire avec les autres parties à l'Acte général, mais pas dans celles de ces autres parties entre elles, auquel le traité s'applique dans son intégralité.

²⁹⁹ Pierre-Henri Imbert, ibid., p. 10. Pour un exemple de "réserve d'ordre public", voir le premier alinéa de l'article 6 de la Convention de La Havane du 20 février 1928 concernant la condition des étrangers sur les territoires des Parties contractantes : "Les États peuvent, pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique, expulser l'étranger domicilié, résidant ou simplement de passage sur leur territoire". Pour un exemple de "réserve de compétence exclusive", voir l'article 3, par. 11, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes du 20 décembre 1988 : "Aucune disposition du présent article [sur les 'Infractions et sanctions'] ne porte atteinte au principe selon lequel la définition des infractions qui y sont visées et des moyens juridiques de défense y relatifs relève exclusivement du droit interne de chaque partie et selon lequel lesdites infractions sont poursuivies et punies conformément audit droit".

³⁰⁰ Cf. Sir Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points" in *BYBIL* 1957, p. 272 et 273; toutefois, bien qu'il cite cette définition avec une apparente approbation, l'éminent auteur s'en éloigne considérablement dans son commentaire.

l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 1er juillet 1952 dans l'affaire *Ambatielos (Exception préliminaire)*, le juge Zoričić a affirmé :

"Une réserve est une stipulation convenue entre les parties à un traité en vue de restreindre l'application d'une ou plusieurs de ses dispositions ou d'en expliquer le sens"³⁰¹.

16) Le projet de directive 1.7.1 mentionne les clauses restrictives à la fois pour mettre en garde contre cette confusion fréquente et pour signaler qu'il y a là une alternative possible aux réserves au sens du Guide de la pratique.

17) La mention des accords par lesquels deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions de celui-ci dans leurs relations mutuelles répond aux mêmes préoccupations.

18) Autant il ne paraît pas nécessaire de s'attarder sur un autre procédé conventionnel qui est, lui aussi, de nature à permettre une flexibilité dans l'application du traité : celui des amendements (et des protocoles additionnels) qui n'entrent en vigueur qu'entre certaines des parties au traité³⁰²,

³⁰¹ *CIJ Recueil 1952*, p. 76. Pour un autre exemple, voir Georges Scelle, *Précis de droit des gens (Principes et systématiques)*, Paris, Sirey, vol. 2, 1934, p. 472.

³⁰² Envisagé par les articles 40, par. 4 et 5 (et 30, par. 4) et 41 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, ce procédé est d'application courante. Même si, dans son esprit et sous certains aspects de son régime juridique (respect des caractères essentiels du traité, quoique l'expression "l'objet et le but" du traité ne figure pas dans ces dispositions), il se rapproche de ceux qui caractérisent les réserves, il n'en est pas moins très différent à maints égards :

- la flexibilité qu'il réalise résulte non de la déclaration unilatérale d'une partie, mais de l'accord entre deux ou plusieurs parties au traité initial;
- cet accord peut intervenir à n'importe quel moment, en général, après l'entrée en vigueur du traité à l'égard des parties, ce qui n'est pas le cas des réserves qui doivent être formulées au plus tard au moment de l'expression du consentement à être lié; et
- il ne s'agit pas ici "d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application", mais, bel et bien, de modifier les dispositions en cause elles-mêmes;

autant il en va différemment de certains accords particuliers conclus entre deux ou quelques États parties aux traités de base, visant à produire les mêmes effets que les réserves et à propos desquels on a parlé de "bilatéralisation" des "réserves".

19) Le régime de bilatéralisation a été décrit comme permettant "aux États contractants, tout en étant parties à une Convention multilatérale, de choisir les partenaires avec lesquels ils procéderont à la mise en œuvre du régime prévu"³⁰³. On peut en trouver trace, par exemple, dans l'article XXXV, paragraphe 1, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947³⁰⁴. Par lui-même, ce procédé ne relève pas d'un esprit comparable à celui qui inspire

-
- au surplus, alors que les réserves ne peuvent que limiter les obligations conventionnelles de leurs auteurs ou prévoir des modes d'exécution du traité par équivalence, les amendements et les protocoles peuvent jouer dans les deux sens et étendre, aussi bien que limiter, les obligations des États ou des organisations internationales parties.

Aucune confusion n'étant à craindre avec les réserves, aucune clarification ne s'impose et il semble inutile de consacrer une directive spécifique du Guide de la pratique à préciser une distinction qui paraît assez évidente.

³⁰³ M. H. Van Hoogstraten, "L'état présent de la Conférence de La Haye de droit international privé", in *The Present State of International Law and other Essayes in honour of Centenary Celebration of the International Law Association, 1873+1973*, Kluwer, 1973, Pays-Bas, p. 387.

³⁰⁴ "Le présent accord, ou l'article II du présent accord, ne s'appliquera pas entre une partie contractante et une autre partie contractante a) si les deux parties contractantes n'ont pas engagé de négociations tarifaires entre elles, b) et si l'une des deux ne consent pas à cette application au moment où l'une d'elles devient partie contractante". Voir Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 199. La pratique des "accords latéraux" (cf. Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 54 à 56 et 127) a accentué cette bilatéralisation. Voir aussi l'article XIII de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce ou certaines conventions adoptées dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, par exemple l'article 13, al. 4, de la Convention Sociétés du 1er juin 1956, l'article 12 de la Convention Légalisation du 5 octobre 1961, l'article 31 de la Convention Aliments-Exécution du 2 octobre 1973, l'article 42 de la Convention Administration des successions du 2 octobre 1973, l'article 44, par. 3, de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993, l'article 58, par. 3, de celle du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ou l'article 54, par. 3, de celle sur la protection

la technique des réserves : il permet à un État d'exclure, par son silence ou par une déclaration expresse, l'application du traité dans son ensemble dans ses relations avec un ou plusieurs autres États et non d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects. À ce titre, il peut plutôt être comparé aux déclarations de non-reconnaissance lorsque celles-ci visent à exclure l'application du traité entre l'État déclarant et l'entité non reconnue³⁰⁵.

20) Toutefois, il en va différemment lorsque la bilatéralisation se traduit par un accord dérogatoire au traité conclu entre certaines parties à celui-ci en application de dispositions expresses en ce sens, comme on en rencontre dans la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers adoptée le 1er février 1971 dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé. C'est du reste à l'occasion de l'élaboration de cette Convention que la notion de "bilatéralisation des réserves" a été théorisée.

21) À la suite d'une proposition belge, la Convention Exécution de 1971 va en effet plus loin que les techniques traditionnelles de bilatéralisation. Non seulement l'article 21 de cet instrument subordonne l'entrée en vigueur de la Convention dans les relations entre deux États à la

internationale des adultes du 2 octobre 1999 ou encore l'article 37 de la Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972 adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe :

"3. ... si l'adhésion d'un État non membre fait l'objet, avant sa prise d'effet, d'une objection notifiée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe par un État qui a adhéré antérieurement à la Convention, celle-ci ne s'applique pas aux relations entre ces deux États".

³⁰⁵ Cf. le projet de directive 1.4.3 et les paragraphes 5 à 9 du commentaire (Commission du droit international, rapport sur les travaux de sa 51ème session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10* (A/54/10), p. 226 et 227).

conclusion d'un accord complémentaire³⁰⁶, mais encore elle permet aux deux États de moduler leur engagement *inter se* dans les limites précises fixées à l'article 23³⁰⁷ :

"Les États contractants ont la faculté dans les accords qu'ils concluront en application de l'article 21 de s'entendre pour : ...";

Suit une liste de 23 facultés diverses de modulation de la Convention, dont les buts, tels qu'ils ont été synthétisés dans le rapport explicatif de Ch. N. Fragistas, sont notamment les suivants :

- "1. *Préciser quelques termes techniques utilisés par la Convention* et dont le sens de pays à pays peut varier (art. 23 de la Convention, Nos 1, 2, 6 et 12);
2. *Étendre le domaine de l'application de la Convention à des matières qui ne tombent pas dans son ressort* (art. 23 de la Convention, Nos 3, 4, 22);
3. *Faire appliquer la Convention dans des cas dans lesquels les conditions normalement prévues par elle ne sont pas réalisés* (art. 23 de la Convention, Nos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13);
4. *Exclure de l'application de la Convention des matières qui normalement lui appartiennent* (art. 23 de la Convention, No 5);
5. *Rendre quelques dispositions inapplicables* (art. 23 de la Convention, No 20);
6. *Rendre obligatoires quelques dispositions facultatives de la Convention* (art. 23 de la Convention, Nos 8 *bis* et 20);

³⁰⁶ "Les décisions rendues dans un État contractant ne seront reconnues ou déclarées exécutoires dans un autre État contractant conformément aux dispositions des articles précédents que si ces deux États, après être devenus Parties à la Convention, en sont ainsi convenus par accord complémentaire".

7. *Régler des questions non résolues par la Convention ou adapter quelques formalités exigées par elle aux dispositions du droit interne* (art. 23 de la Convention, Nos 14, 15, 16, 17, 18, 19)³⁰⁸.

Sans doute, beaucoup de ces variantes possibles sont-elles "de simples facultés permettant aux États de définir des mots ou de prévoir des procédures"³⁰⁹; mais certaines restreignent l'effet de la Convention et ont des effets très comparables à ceux des réserves, ce qu'elles ne sont cependant pas³¹⁰.

22) La Convention Exécution de 1971 n'est pas le seul traité faisant usage de ce procédé de jumelage entre une convention de base et un accord complémentaire permettant d'apporter à celle-ci des variations dans son contenu même si elle en constitue l'exemple type et, probablement, le plus achevé. On peut citer également, parmi d'autres³¹¹ :

- l'article 20 de la Convention de La Haye sur la notification des actes judiciaires du 15 novembre 1965 qui permet aux États contractants de "s'entendre pour déroger" à certaines de ses dispositions³¹²;

³⁰⁷ La proposition belge initiale n'envisageait pas cette possibilité de modulation qui ne s'est imposée qu'ultérieurement durant l'avancement des discussions (cf. P. Jenard, "Une technique originale - La bilatéralisation de conventions multilatérales", *R.B.D.I.* 1966, p. 392 et 393).

³⁰⁸ Conférence de La Haye, *Actes et documents de la session extraordinaire*, 1966, p. 364 - italiques dans le texte. Voir aussi Georges A.L. Droz, "Le récent projet de Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale", *NILR* 1966, p. 240.

³⁰⁹ Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 200.

³¹⁰ *Contra* P.-H. Imbert, *ibid.*

³¹¹ Ces exemples sont empruntés à Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 201.

³¹² Mais l'application de cette disposition ne repose pas sur le libre choix du partenaire; voir P.-H. Imbert, *ibid.*; voir aussi Georges A.L. Droz, "Les réserves et les facultés dans les

- l'article 34 de la Convention du 14 juin 1974 sur la prescription en matière de vente internationale des marchandises³¹³;
- les articles 26, 56 et 58 de la Convention européenne de sécurité sociale du 14 décembre 1972 qui, dans des termes voisins, prévoient que :

"l'application [de certaines dispositions] entre deux ou plusieurs Parties contractantes est subordonnée à la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux entre ces Parties, qui pourront en outre prévoir des modalités particulières appropriées";

ou, comme exemples plus récents :

- l'article 39, paragraphe 2, de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale :

"Tout État contractant pourra conclure avec un ou plusieurs autres États contractants des accords en vue de favoriser l'application de la Convention dans leurs rapports réciproques. Ces accords ne pourront déroger qu'aux dispositions des articles 14 à 16 et 18 à 21. Les États qui auront conclu de tels accords en transmettront une copie au dépositaire de la Convention"³¹⁴; ou

Conventions de La Haye de droit international privé", *RCDIP* 1969, p. 390 et 391. En fait, ce procédé se rapproche nettement des amendements entre certaines parties à la convention de base seulement.

³¹³ Cette disposition appelle la même remarque.

³¹⁴ À nouveau, on ne peut véritablement parler de bilatéralisation au sens strict en ce sens que cette disposition n'implique pas le choix du partenaire. Voir aussi l'article 52 du projet de Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, ou l'article 49 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1999 sur la protection internationale des adultes.

l'article 5 ("Extension volontaire de la procédure") de la Convention d'Helsinki du 17 mars 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels :

"Les Parties concernées devraient, à l'initiative de l'une quelconque d'entre elles, engager des discussions sur l'opportunité de traiter comme une activité dangereuse une activité qui n'est pas visée à l'annexe I. (...) Si les Parties concernées en sont d'accord, la Convention ou une partie de celle-ci s'applique à l'activité en question comme s'il s'agissait d'une activité dangereuse".

23) Certes, ces facultés, qui permettent aux parties concluant un accord complémentaire d'exclure l'application de certaines dispositions du traité de base ou de ne pas appliquer certaines de ses clauses, en règle générale ou dans certaines circonstances, visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou de celui-ci dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application aux deux parties liées par l'accord. Mais, et c'est là une différence fondamentale avec les réserves proprement dites, ces exclusions ou ces modifications résultent non pas d'une déclaration unilatérale, forme qui constitue un élément essentiel de la définition des réserves³¹⁵, mais d'un accord entre deux des parties au traité de base, qui ne produit aucun effet à l'égard des autres parties contractantes à celui-ci. "Le système aboutit à l'élaboration de deux instruments : la convention multilatérale, d'une part, et l'accord complémentaire, d'autre part, qui, s'il trouve son support dans la convention multilatérale, a néanmoins une existence propre"³¹⁶. L'accord complémentaire est, en quelque sorte, un "acte-condition" nécessaire non pas à l'entrée en vigueur du traité mais pour lui faire produire des effets dans les relations entre les deux parties qui le concluent, quitte à ce que ses effets soient amoindris (et c'est en cela que la similitude avec le procédé des réserves est la plus

³¹⁵ Cf. le projet de directive 1.1 : "L'expression réserve s'entend *d'une déclaration unilatérale*...".

³¹⁶ P. Jenard, Rapport du Comité restreint sur la bilatéralisation, Conférence de La Haye, Actes et documents de la session extraordinaire, 1966, p. 145. Voir aussi le rapport explicatif de Ch. N. Fragistas, *ibid.*, p. 363 et 364 ou Georges A.L. Droz, "Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé", *RCDIP* 1969, p. 391.

évidente) ou accrus. Toutefois, la nature conventionnelle du procédé exclut toute assimilation avec les réserves.

24) Ce sont ces accords, qui ont le même objet que les réserves et à propos desquels on parle, couramment mais de façon trompeuse, de "réserves bilatéralisées", qui sont visés au second tiret du projet de directive 1.7.1.

1.7.2 [1.7.5] Alternatives aux déclarations interprétatives

Afin de préciser ou de clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés autres que les déclarations interprétatives tels que :

- L'insertion dans le traité de dispositions visant à l'interpréter;
- La conclusion d'un accord complémentaire à cette fin.

Commentaire

1) Pas plus que les réserves ne constituent le seul moyen à la disposition des Parties contractantes pour moduler l'application des dispositions d'un traité, les déclarations interprétatives ne sont le seul procédé par lequel les États ou les organisations internationales peuvent en préciser ou en clarifier le sens ou la portée. Si on laisse de côté les mécanismes d'interprétation par des tiers parfois prévus par le traité³¹⁷, la diversité de ces procédés alternatifs est cependant moins grande en matière d'interprétation. À titre indicatif, on peut faire état de deux procédés de ce genre.

2) En premier lieu, il arrive très fréquemment que le traité lui-même précise l'interprétation qu'il convient de donner à ses propres dispositions. Tel est d'abord l'objet des clauses contenant la définition des termes employés dans le traité³¹⁸. En outre, il est très fréquent qu'un traité donne

³¹⁷ Cf. Denys Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, p. 936.

³¹⁸ Cf., parmi d'innombrables exemples, l'article 2 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ou l'article XXX des Statuts du Fonds monétaire international (FMI).

des indications sur la manière dont il convient d'interpréter les obligations incombant aux parties soit dans le corps même du traité³¹⁹, soit dans un instrument distinct³²⁰.

3) En second lieu, les parties, ou certaines d'entre elles³²¹, peuvent conclure un accord aux fins d'interpréter un traité précédemment conclu entre elles. Cette hypothèse est expressément envisagée par l'article 31, paragraphe 3.a), des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 qui impose de tenir compte, "en même temps que du contexte :

a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions"³²².

4) Il peut du reste arriver que l'interprétation soit "bilatéralisée"³²³. Tel est le cas lorsqu'une convention multilatérale renvoie à des accords bilatéraux la fonction de préciser le sens ou la portée de certaines dispositions. Ainsi, l'article 23 de la Convention de 1971 de la Conférence de La Haye de droit international privé sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers

³¹⁹ Cf. ici encore parmi des exemples très nombreux, le paragraphe 4 de l'article 13 du Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : "Aucune disposition du présent article ne doit être interprétée comme portant atteinte à la liberté des individus et des personnes morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement...".

³²⁰ Cf. les "Notes et dispositions additionnelles" à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947. Ceci correspond à l'hypothèse envisagée par l'article 30, par. 2, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

³²¹ Lorsque toutes les parties à l'accord interprétatif le sont aussi au traité initial, l'interprétation est authentique (voir le commentaire final de la C.D.I. sur l'article 27, par. 3.a) du projet d'articles sur le droit des traités – devenu l'article 30, par. 3.a) de la Convention de Vienne de 1969. *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 241, par. 14; cf., s'agissant des traités bilatéraux, le projet de directive 1.5.3.

³²² Un membre de la Commission a cependant exprimé un doute sur l'assimilation d'un tel accord à ceux visés à l'article 31.

³²³ Sur la bilatéralisation des "réserves", voir le projet de directive 1.7.1 et les paragraphes 18 à 23 du commentaire.

en matière civile et commerciale prévoit que les États contractants ont la faculté de conclure des accords complémentaires aux fins, notamment de :

- "1. Préciser le sens des termes 'en matière civile ou commerciale', déterminer les tribunaux aux décisions desquels la Convention s'applique, déterminer le sens des termes 'sécurité sociale' et définir les mots 'résidence habituelle';
2. Préciser le sens du mot 'droit' dans les États qui ont plusieurs systèmes juridiques";
etc.³²⁴.

5) Ne serait-ce que par souci de symétrie avec le projet de directive 1.7.1 relatif aux alternatives aux réserves, il paraît dès lors souhaitable d'insérer dans le Guide de la pratique une disposition relative aux alternatives aux déclarations interprétatives. En revanche, il ne semble pas nécessaire de consacrer un projet de directive distinct aux alternatives aux déclarations interprétatives conditionnelles³²⁵ : les procédés alternatifs recensés ci-dessus sont de nature conventionnelle et supposent l'accord des Parties contractantes. Peu importe dès lors que l'interprétation agréée constitue ou non la condition de leur consentement à être liées.

³²⁴ Sur cette disposition, voir le paragraphe 20 du commentaire du projet de directive 1.7.1.

³²⁵ Voir le projet de directive 1.2.1.

CHAPITRE VIII

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL (PRÉVENTION DES DOMMAGES TRANSFRONTIÈRES RÉSULTANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES)

A. Introduction

664. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission a décidé de poursuivre ses travaux sur le sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international", en examinant d'abord la question de la prévention sous le sous-titre "Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses"³²⁶. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 7 de sa résolution 52/156.

665. À la même session, la Commission a nommé M. Pemmaraju Sreenivasa Rao Rapporteur spécial pour cette partie du sujet³²⁷.

666. À sa cinquantième session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/487 et Add.1). Le Rapporteur spécial y passait en revue les travaux de la Commission sur le sujet depuis son inscription à l'ordre du jour en 1978, insistant en particulier sur la question de la portée du projet d'articles à élaborer. Il analysait ensuite les obligations de procédure et de fond découlant de l'obligation générale de prévention. Ayant défini l'orientation générale du sujet, la Commission avait créé un groupe de travail pour examiner les projets d'articles recommandés par le Groupe de travail en 1996 compte tenu de la décision de la Commission d'examiner d'abord la question de la prévention³²⁸.

667. À sa 2542ème séance, le 5 juin 1998, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial compte tenu des débats qui avaient eu lieu au Groupe de travail.

668. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction à ses 2560ème à 2563ème séances, les 12 et 13 août 1998, et a adopté en première lecture une série

³²⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément No 10* (A/52/10), par. 168.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ En se fondant sur les débats du Groupe de travail, le Rapporteur spécial a proposé un texte révisé des projets d'articles (A/CN.4/L.556).

de 17 projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

669. À sa 2531^{ème} séance, le 15 mai 1998, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de communiquer, par l'entremise du Secrétaire général, le projet d'articles aux gouvernements pour qu'ils soumettent leurs commentaires et observations au Secrétaire général le 1^{er} janvier 2000 au plus tard.

670. À sa cinquante et unième session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/501) qui traitait notamment des questions suivantes : la nature de l'obligation de prévention, la forme que devrait prendre le projet d'articles, les procédures de règlement des différends, les caractéristiques principales de la notion de diligence due et de sa mise en œuvre, les travaux de la Commission sur la notion de responsabilité internationale depuis que le sujet avait été inscrit à son ordre du jour ainsi que l'état des négociations en cours sur la responsabilité internationale dans d'autres instances internationales et la poursuite des travaux sur le sujet.

671. À ses 2600^{ème} et 2601^{ème} séances, les 9 et 13 juillet 1999, la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial et a décidé de suspendre ses travaux sur la question de la responsabilité internationale jusqu'à ce qu'elle ait achevé la seconde lecture du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

B. Examen du sujet à la présente session

672. À la présente session, la Commission était saisie du rapport du Secrétaire général dans lequel figuraient les commentaires et observations reçus des gouvernements sur le sujet³²⁹.

673. À sa 2612^{ème} séance, le 1^{er} mai 2000, la Commission a décidé de constituer un groupe de travail sur le sujet. Le Groupe de travail a tenu cinq séances du 8 au 15 mai. La Commission a examiné le rapport oral du Président du Groupe de travail à sa 2628^{ème} séance, le 26 mai.

674. La Commission était également saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial³³⁰. Elle a examiné ce rapport à ses 2641^{ème} à 2643^{ème} séances, du 18 au 20 juillet 2000.

1. Présentation de son troisième rapport par le Rapporteur spécial

675. En présentant le projet d'articles³³¹ sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, le Rapporteur spécial a indiqué que son travail avait consisté

³²⁹ A/CN.4/509.

³³⁰ A/CN.4/510.

essentiellement en un développement progressif du droit sur le sujet, car aucun ensemble de procédures universellement acceptées n'était applicable dans le domaine de la prévention. Ce travail, comme celui de la Commission, s'appuyait sur la nécessité d'élaborer des procédures permettant aux États d'agir de concert et non isolément.

676. L'une des questions qui s'étaient posées au cours de l'examen du projet d'articles à la Sixième Commission avait été de savoir si l'obligation de diligence due se trouvait en quelque sorte diluée par l'obligation faite aux États de négocier un régime tenant compte d'un juste équilibre des intérêts lorsqu'il existait un risque de dommage transfrontière significatif. Comme il l'avait indiqué dans le troisième rapport, le Rapporteur spécial était d'avis que l'article 12 adopté en première lecture définissait simplement l'obligation d'une manière mutuellement acceptable et ne faisait que faciliter l'identification et la définition de cette obligation.

677. Le point le plus important abordé dans le troisième rapport était celui de savoir si la Commission devait toujours étudier le thème subsidiaire des activités dangereuses dans le cadre plus large des "activités non interdites par le droit international".

678. La question était traitée à la Section VI du troisième rapport. Alors que la responsabilité des États portait sur des faits illicites, la responsabilité internationale concernait l'indemnisation des dommages causés par des activités qui ne sont pas nécessairement interdites par le droit international. De plus la prévention était essentiellement une question de gestion des risques. L'expression "activités non interdites par le droit international", dont l'objet était à l'origine de distinguer ces activités de celles qui sont traitées dans le cadre du sujet de la responsabilité des États, pouvait s'avérer inutile, voire inappropriée pour définir le champ d'application du régime de la prévention. Il était néanmoins difficile de se passer de cette notion. On craignait que dans le cas où il n'était pas expressément déclaré que l'activité n'était pas interdite, cette activité puisse sembler-t-il être interdite du fait de la méconnaissance des obligations de diligence due. Le Rapporteur spécial a noté à cet égard qu'aucune des autorités qu'il avait passées en revue n'avait indiqué que le non-respect de l'obligation de diligence due rendait l'activité elle-même interdite. Il donnait toutefois naissance à un droit de consultation pour ceux qui étaient susceptibles d'être affectés et pour les initiateurs de l'activité, idée qui s'inscrivait en filigrane dans toute la notion de diligence due. De l'avis du Rapporteur spécial, supprimer la référence aux "activités non interdites par le droit international" ne risquait pas de créer d'autres difficultés, et permettrait même peut-être de faciliter l'obtention d'un consensus sur le projet d'articles.

679. Le Rapporteur spécial a indiqué que dans la Section V, il avait cherché à répondre aux profondes préoccupations exprimées par un certain nombre d'États qui craignaient que le fait de mettre l'accent sur le principe de la prévention isolément au lieu de le lier à la coopération

³³¹ Le projet de préambule et les projets d'articles révisés 1er à 19, tels que proposés par le Rapporteur spécial, sont reproduits au paragraphe 721 ci-après.

internationale, au renforcement des capacités et aux thèmes plus généraux du développement durable ne décourage les États d'adopter le régime en cours d'élaboration.

680. Pour encourager un élargissement du consensus sur le projet d'articles, le Rapporteur spécial a estimé que l'attention voulue devait être accordée à cette préoccupation dans le préambule.

681. Le Rapporteur spécial a indiqué que certains des projets d'articles adoptés en première lecture avaient fait l'objet de modifications d'ordre rédactionnel.

682. En ce qui concerne l'article 2, il a fait observer que l'alinéa a) avait été remanié à la lumière des observations formulées, afin d'éliminer la confusion que pouvait entretenir la conjonction "et" utilisée dans la version antérieure. L'idée que le risque couru aux fins du projet d'articles se situait dans un éventail particulier de probabilités, allant d'une forte probabilité à une faible probabilité de causer un dommage significatif, avait été rendue de manière plus explicite. L'alinéa f) était nouveau mais il avait été jugé nécessaire en raison de l'emploi fréquent de l'expression considérée dans le projet d'articles.

683. La seule modification apportée à l'article 4 consistait en l'insertion du mot "compétentes" afin de souligner que ce n'était pas toutes les organisations internationales en général qui étaient concernées.

684. À propos de l'article 6, le Rapporteur spécial a fait observer que le paragraphe 1 était une version remaniée du principe de l'autorisation préalable, mais que les modifications apportées avaient un caractère purement rédactionnel et tenaient compte des observations qui avaient été faites. Les modifications apportées au paragraphe 2 étaient aussi d'ordre essentiellement rédactionnel mais, à son avis, cette disposition pouvait encore poser des problèmes dans son application, s'agissant des droits acquis et des investissements étrangers qui pouvaient même conduire à des réclamations internationales. C'était toutefois des questions qui devaient être réglées par les États, conformément aux prescriptions de leur droit interne et à leurs obligations internationales.

685. L'article 7 contenait désormais le mot "environnement" dans son titre et soulignait que toute évaluation de l'impact sur l'environnement devait, en particulier, reposer sur une évaluation du dommage transfrontière susceptible d'être causé par l'activité dangereuse.

686. L'article 8 introduisait simplement l'expression "États intéressés" pour indiquer que tant l'État d'origine que les États susceptibles d'être affectés avaient le devoir de tenir le public informé de l'activité dangereuse.

687. L'article 9, sans tenter de modifier l'article précédent sur le fond, prescrivait de ne prendre aucune décision définitive sur l'autorisation préalable de l'activité dangereuse avant d'avoir reçu, dans un délai raisonnable, et en tout cas dans les six mois, la réponse des États susceptibles d'être affectés.

688. L'article 10 donnait toute latitude aux États intéressés pour fixer la durée maximale des consultations. Un nouveau paragraphe avait été ajouté à cet article, reproduisant le paragraphe 3 de l'article 13 tel qu'il avait été adopté en première lecture, avec une seule modification. Cette nouvelle disposition soulignait que l'État d'origine pouvait convenir de suspendre l'activité en question pendant une période d'une durée raisonnable, au lieu de la période de six mois qui avait été proposée dans l'ancien article. Il avait été jugé nécessaire de déplacer ce paragraphe du fait que le nouvel article 10 était mentionné au nouvel article 12. La procédure à suivre serait identique, même si elle était engagée à l'initiative des États susceptibles d'être affectés, mais alors, dans la mesure où elle s'appliquait, cette procédure devrait traiter des opérations déjà autorisées par l'État d'origine et en cours d'exécution.

689. Le texte des articles 11, 12, 13, 15 et 19 correspondait à celui des articles 12, 13³³², 14, 16 et 17 adoptés en première lecture. L'article 14 contenait à présent les mots "ou de ses droits de propriété intellectuelle".

690. Les nouveaux articles 16 et 17 avaient été ajoutés comme suite à des propositions faites par des États. Il avait paru justifié de les placer dans le cadre de la prévention puisque des plans d'action en cas de catastrophe ou mesures de planification préalable devaient être mis en place par chaque État en tant que mesures de prévention ou de précaution. La teneur de ces articles s'inspirait pour l'essentiel de celle d'articles analogues figurant dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation³³³. L'article 18 n'était autre que l'ancien article 6 adopté en première lecture, déplacé dans le souci d'une meilleure présentation.

691. Quant au préambule proposé, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il était considéré comme essentiel pour tenir compte, au moins partiellement, des vues de plusieurs États qui avaient mis l'accent sur le droit au développement, une approche équilibrée des relations entre l'environnement et le développement, l'importance de la coopération internationale et les limites à la liberté des États. Il s'agissait d'idées dont tout le projet d'articles était imprégné et on espérait qu'un tel préambule, plutôt que des articles distincts traitant expressément de ces principes constituerait pour la plupart des États une base raisonnable pouvant les amener à accepter l'ensemble des articles proposés. Un tel préambule convenait également à une convention-cadre et c'était sous cette forme que l'on pouvait recommander d'adopter ces articles.

2. Résumé du débat

692. La Commission a félicité le Rapporteur spécial pour sa version révisée du projet d'articles qui tenait compte des diverses observations formulées par les États, et la plupart des membres ont été d'avis que le projet d'articles était prêt à être adopté.

³³² À l'exception de la suppression du paragraphe 3.

³³³ Résolution 51/229 de l'Assemblée générale du 21 mai 1997.

693. On a fait observer que l'accent mis, en particulier aux paragraphes 18 à 49 du deuxième rapport, sur l'obligation de diligence due, soulevait des difficultés. Il convenait d'être prudent car le fait de s'appuyer sur cette notion pouvait créer précisément la confusion avec les questions de responsabilité des États que le Rapporteur spécial tentait d'éviter. On a également fait observer que les références à la diligence due impliquaient que le projet ne s'appliquerait pas à un fait intentionnel ou imprudent.

694. Pour sa part, le Rapporteur spécial a dit que si un État entreprenait une activité qui risquait de causer des dommages transfrontières, cet État était censé procéder aux évaluations nécessaires, prendre des dispositions pour obtenir une autorisation puis examiner le projet pour veiller à ce qu'il soit conforme à une certaine norme. L'élément du *dolus*, ou l'intention ou la licéité de l'activité n'avait aucune pertinence quant aux buts du projet d'articles. Si l'activité était interdite, d'autres conséquences s'ensuivraient inévitablement et un État qui poursuivait une telle activité devrait assumer l'entière responsabilité de ses conséquences. Supprimer l'expression "activités non interdites par le droit international" ne changerait donc pas grand chose, si les activités étaient illicites et considérées comme telles par les États. À son avis, le projet d'articles portait plutôt sur la mauvaise gestion et la nécessité pour tous les États en cause de faire preuve de vigilance.

695. À propos de la nature juridique des principes, il a été dit que les projets d'articles étaient un ensemble autonome de règles primaires concernant la gestion ou la prévention des risques, et les travaux sur ce sujet impliquaient principalement une codification des obligations primaires de diligence due sous forme essentiellement procédurale. La convention future serait sans préjudice de normes plus élevées et d'obligations plus précises prévues par d'autres traités relatifs à l'environnement. La référence au droit international coutumier qui figurait à l'article 18 devrait être interprétée comme ne se rapportant qu'aux obligations en droit international coutumier, et non pas à la liberté d'action. Le non-respect de la future convention engagerait la responsabilité des États, sauf si des procédures étaient élaborées en tant que *leges speciales* en vertu de traités relatifs à des formes précises de pollution. Il n'y avait donc pas de chevauchement entre le projet d'articles et le sujet de la responsabilité des États.

696. À propos du champ d'application du projet d'articles, le Rapporteur spécial a dit que toutes les activités seraient couvertes, y compris les activités militaires, si elles causaient des dommages transfrontières, à supposer qu'elles soient pleinement autorisées par le droit international. Les articles sur la prévention seraient aussi applicables dans les cas où il n'existait pas d'accord ou de texte juridique explicite en vertu duquel l'activité en cause était interdite.

697. Il a été suggéré de réviser le projet d'articles de façon à tenir compte de l'évolution récente du droit international de l'environnement, en mettant spécialement l'accent sur le principe de précaution et les questions relatives aux études d'impact et, peut-être aussi la prévention des différends.

698. En ce qui concerne le préambule proposé par le Rapporteur spécial, on a fait observer qu'il serait très important d'y faire référence au droit international positif, étant donné qu'il existait toute une série de conventions dans lesquelles figuraient des dispositions ayant une incidence directe sur le projet d'articles. On a également dit à propos du préambule qu'il penchait trop

fortement du côté de la liberté d'action. On pourrait peut-être aussi y faire mention de l'obligation qu'imposait le droit international général de veiller sur le territoire de son voisin selon l'adage *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

699. On a émis l'avis que, vu son importance, la règle énoncée au cinquième alinéa du préambule mériterait de figurer dans le corps du projet d'articles.

700. Des avis divergents ont été exprimés à propos de la suppression de l'expression "activités non interdites par le droit international". À cet égard, il a été proposé de mentionner dans l'article premier, l'obligation de prévenir des risques importants, que les activités en question soient ou non interdites par le droit international. Si une obligation était imposée parce qu'un risque important existait, quelle importance revêtait le fait que l'activité soit interdite ou non – et pour des raisons qui pourraient n'avoir strictement aucun rapport avec le risque ? Une activité interdite en droit international ne l'était pas nécessairement relativement à l'État susceptible de subir le dommage. Pourquoi faudrait-il qu'une obligation assumée envers des États tiers ait une incidence sur l'application du projet d'articles, et pourquoi serait-il important qu'un traité existe entre l'État d'origine et un État tiers lorsque l'on en venait aux procédures conçues pour empêcher qu'un dommage significatif ne soit causé à un autre État ?

701. Il a été noté que si on supprimait les mots "activités non interdites par le droit international", peut-être faudrait-il réexaminer le texte dans son entier. C'était notamment le cas de l'article 6 dans lequel un quatrième paragraphe pourrait être inséré pour indiquer que les activités illicites, interdites par le droit international, ne pouvaient être autorisées.

702. À propos de l'application du devoir de prévention aux activités interdites, il a été dit qu'il fallait établir une distinction entre les activités interdites par le droit international de l'environnement et celles interdites par des règles entièrement différentes du droit international, par exemple les activités relatives au désarmement.

703. Pour sa part, le Rapporteur spécial a estimé que la suppression de l'expression "activités non interdites par le droit international" n'obligerait pas à revoir les dispositions du projet d'articles. Si une activité était illicite, le projet d'articles cessait de s'appliquer; cela devenait une question relevant de la responsabilité des États.

704. Pour les membres qui étaient favorables à son maintien, la suppression de l'expression "activités non interdites par le droit international" reviendrait à élargir la portée du projet d'articles et la Commission devrait donc solliciter l'approbation des États à la Sixième Commission. En outre, l'effet de la recommandation formulée au paragraphe 33 du rapport pourrait être d'affaiblir la notion d'interdiction. On a émis des doutes quant au fait que les États se livrant à des activités interdites en avisent les autres pays intéressés, même s'ils savaient que leurs activités pouvaient causer des dommages. On a également fait valoir en faveur du maintien de cette expression le fait qu'il fallait établir un lien entre les règles régissant l'obligation de prévention et les règles régissant la question de la responsabilité internationale dans son ensemble; que les victimes potentielles n'auraient pas ainsi à prouver que la perte subie découlait d'un comportement illicite ou illégal; et que la distinction juridique entre les sujets de la responsabilité des États et de la responsabilité internationale serait ainsi maintenue.

705. Selon une opinion, la suppression envisagée reviendrait à légitimer des activités interdites, ce qui n'était pas acceptable.

706. Pour sa part, le Rapporteur spécial a rappelé qu'en examinant divers projets au fil des ans, la Commission s'était concentrée non pas sur la nature de diverses activités mais sur le contenu de la prévention. Des membres avaient affirmé qu'en maintenant l'expression "activités non interdites par le droit international", on risquait de distraire le lecteur du contenu de la prévention en s'attachant à distinguer les activités interdites des activités non interdites. Afin d'éviter ce débat inutile, le Rapporteur spécial avait fait la recommandation figurant au paragraphe 33 de son troisième rapport, dont l'objet était de rassurer ceux qui étaient préoccupés par le maintien de l'expression "activités non interdites par le droit international". Il restait que ces activités devaient toujours faire l'objet des dispositions des articles 10, 11 et 12. Si, d'un autre côté, une activité était clairement interdite par le droit international, ce n'était pas dans le projet d'articles qu'il convenait de traiter des conséquences.

707. À propos du projet d'article 3, on a émis l'avis que la définition de l'obligation de prévention devrait faire l'objet d'un article distinct.

708. En ce qui concerne les articles 6 et 11, il a été préconisé de les remanier de façon à prévoir qu'une autorisation soit requise pour n'importe quel type d'activité entrant dans le champ du projet d'articles. La question n'était pas de savoir si un acte était interdit mais s'il entraînerait une violation d'une obligation par l'État d'origine à l'égard d'un État qui subirait le dommage découlant d'une activité.

709. À propos de la question des dommages causés à des zones situées hors des juridictions nationales ou à l'indivis mondial, on a exprimé l'avis qu'au stade actuel il serait difficile d'aborder cette question mais on pouvait en dire quelque chose dans le préambule ou dans une disposition "sans préjudice", pour montrer que la Commission était consciente qu'elle se posait.

710. On a fait observer que la mise à la charge de l'État d'origine d'un devoir de notification et de consultation était au cœur des projets d'articles. En vertu de l'article 9, l'État d'origine n'était obligé de donner notification que lorsqu'il était parvenu, après évaluation, à la conclusion qu'un risque significatif existait. Bien qu'en vertu de l'article 7, l'État d'origine soit tenu de procéder à une telle évaluation en cas d'éventuels dommages transfrontières, il pouvait éprouver quelque réticence à mener l'évaluation de façon très approfondie – en partie parce que si le risque d'un dommage significatif était détecté, la question de ses autres obligations se poserait. Le projet incitait donc l'État d'origine à ne pas faire précisément ce qu'il était censé faire, à savoir donner au plus tôt notification du risque d'un dommage significatif.

711. À propos de l'article 10 et des obligations qui incombaient à l'État intéressé une fois que le risque de dommage significatif avait été évalué, on a fait observer que l'on pourrait proposer que les États envisagent la possibilité de créer un organisme conjoint de surveillance ayant notamment pour mandat de veiller à ce que le niveau de risque n'augmente pas considérablement et que les plans d'intervention en cas de catastrophe soient établis de manière appropriée.

712. En ce qui concerne le nouvel article 16, on a émis l'avis que l'expression "le cas échéant" pouvait être supprimée étant donné qu'elle offrait aux États une échappatoire aussi dangereuse qu'inutile.

713. À propos du paragraphe 2 du projet d'article 19, on a fait observer que l'on pouvait combler les lacunes de cette disposition en s'inspirant de l'article 39 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

714. Quant à la forme finale que devrait prendre le projet d'articles, la Commission a convenu avec le Rapporteur spécial qu'une convention-cadre serait la forme la plus appropriée.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

715. En ce qui concerne la proposition tendant à réviser le projet d'articles de manière à tenir compte de l'évolution récente du droit international de l'environnement, le Rapporteur spécial a rappelé que le projet d'articles adopté en première lecture s'était révélé acceptable pour la plupart des États. Il avait par conséquent recommandé à la Commission de maintenir le champ d'application des articles dans des limites raisonnables pour ne pas risquer de prolonger encore davantage les travaux sur le sujet.

716. À propos de l'idée d'évoquer la question du principe de précaution dans le projet d'articles, le Rapporteur spécial a fait observer qu'à son avis, ce principe était déjà englobé dans les principes de prévention et d'autorisation préalable et dans l'évaluation de l'impact sur l'environnement et ne pouvait en être dissocié.

717. Le Rapporteur spécial a noté que les avis étaient également partagés au sein de la Commission entre la suppression et le maintien de la référence dans l'article premier aux "activités non interdites par le droit international". Qu'il soit maintenu ou pas, l'article portait en réalité sur la gestion des risques et visait à encourager les États d'origine et les États susceptibles d'être affectés à se rapprocher et à se consulter. Mettre l'accent sur l'obligation de consultation au stade le plus précoce possible, tel était l'objet principal du projet.

718. Quant à la question de savoir s'il fallait ou non faire directement mention dans le cadre de l'article 3 du concept de diligence due, le Rapporteur spécial a estimé que les expressions "toutes les mesures appropriées" et "diligence due" étaient synonymes et que la première était plus souple et moins susceptible de créer la confusion que la deuxième.

719. Pour ce qui est du règlement des différends, le Rapporteur spécial a indiqué que l'article 19 ayant généralement été approuvé par les gouvernements, il proposait de le maintenir tel quel.

720. Le Rapporteur spécial a estimé qu'un certain nombre d'autres suggestions faites par les membres de la Commission pourraient être examinées par le Comité de rédaction et il a recommandé en conséquence le renvoi à ce dernier du projet d'articles.

721. À sa 2643^{ème} séance, le 20 juillet, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet de préambule et les projets révisés d'articles 1er à 19, tels que proposés par le Rapporteur spécial, reproduits ci-après :

**Projet de préambule et projet d'articles révisé tels que proposés
par le Rapporteur spécial³³⁴**

**Convention sur la prévention des dommages transfrontières
significatifs**

L'Assemblée générale,

Ayant à l'esprit le paragraphe 1 a) de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies,

Rappelant sa résolution 1803 (XVII) en date du 14 décembre 1962, qui contenait le texte de la Déclaration relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles,

Rappelant également sa résolution 41/128 en date du 4 décembre 1986, qui contenait le texte de la Déclaration sur le droit au développement,

Rappelant en outre la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992,

Ayant à l'esprit que la liberté dont jouissent les États de conduire ou d'autoriser que soient conduites des activités sur leur territoire ou en d'autres lieux précis sous leur juridiction ou sous leur contrôle n'est pas illimitée,

Consciente qu'il importe de promouvoir la coopération internationale,

Exprimant sa profonde gratitude à la Commission du droit international pour le travail fort utile qu'elle a accompli sur le sujet de la prévention des dommages transfrontières significatifs,

Adopte la Convention sur la prévention des dommages transfrontières significatifs, dont le texte figure en annexe à la présente résolution,

Invite les États et les organisations d'intégration économique régionale à devenir parties à ladite Convention.

Article premier

Activités auxquelles s'appliquent les présents projets d'articles

Les présents projets d'articles s'appliquent aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques.

³³⁴ Voir A/CN.4/510, Annexe. Les modifications apportées au texte adopté en première lecture correspondent aux textes en caractères gras ou barrés.

Article 2

Termes employés

Aux fins des présents articles :

a) L'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" recouvre les risques dont il est fort probable qu'ils causeront un dommage significatif et ceux dont il est peu probable qu'ils causeront des dommages catastrophiques ~~recouvre une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs;~~

b) Le terme "dommage" s'entend du dommage causé aux personnes, aux biens ou à l'environnement;

c) Le terme "dommage transfrontière" désigne le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés aient ou non une frontière commune;

d) Le terme "État d'origine" désigne l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées au projet d'article premier;

e) Le terme "État susceptible d'être affecté" désigne l'État sur le territoire duquel le dommage transfrontière significatif est susceptible de se produire ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur tout autre lieu où ce dommage est susceptible de se produire;

f) Le terme "États intéressés" désigne l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés.

Article 3

Prévention

Les États **d'origine** prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou pour réduire le risque au minimum.

Article 4

Coopération

Les États intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une ou plusieurs organisations internationales **compétentes** pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou pour en réduire le risque au minimum.

Article 5

Mise en œuvre

Les États **intéressés** prennent les mesures législatives, administratives et autres, y compris la mise en place d'un mécanisme de surveillance approprié, nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions du présent projet d'articles.

Article 6 [7]³³⁵

Autorisation

1. L'autorisation préalable d'un État *d'origine* est requise pour :

a) Toutes les activités entrant dans le champ d'application du présent projet d'articles qui sont menées sur le territoire d'un État ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle;

b) Toute modification substantielle d'une activité visée à l'alinéa a);

c) Le cas où il est envisagé d'introduire dans une activité une modification qui risque de la transformer en une activité entrant dans le champ d'application du présent projet d'articles.

2. La règle de l'autorisation instituée par un État est rendue applicable à toutes les activités déjà en cours entrant dans le champ d'application des présents projets d'articles.

Les autorisations déjà données par un État pour la conduite d'activités déjà engagées doivent être réexaminées en vue de leur mise en conformité avec les dispositions du présent projet d'articles.

3. Dans le cas où les conditions attachées à l'autorisation ne sont pas respectées, l'État ~~qui l'a accordée~~ **d'origine** prend les mesures appropriées, y compris, au besoin, le retrait de l'autorisation.

Article 7 [8]

Évaluation de l'impact sur l'environnement

Toute décision relative à l'autorisation d'une activité entrant dans le champ d'application du présent projet d'articles repose, **en particulier**, sur une **évaluation** du dommage transfrontière possible du fait de cette activité.

Article 8 [9]

Information du public

Les États **intéressés**, par les moyens appropriés, tiennent le public susceptible d'être affecté par une activité entrant dans le champ d'application du présent projet d'articles informé de ladite activité, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et ils s'informent eux-mêmes de son opinion.

³³⁵ L'article 6 a été déplacé à la fin du projet d'articles et les articles suivants ont été renumérotés en conséquence. L'ancien numéro de l'article du projet figure entre crochets.

Article 9 [10]

Notification et information

1. Si l'évaluation visée à l'article 7 [8] fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'État d'origine, ~~en attendant de prendre une décision sur l'autorisation de l'activité,~~ **en** donne en temps utile notification **du risque et de l'évaluation** aux États susceptibles d'être affectés et leur communique les informations techniques et **toutes** autres informations pertinentes disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée.

2. **L'État d'origine ne prend aucune décision sur l'autorisation préalable de l'activité avant d'avoir reçu, dans un délai raisonnable et en tout cas dans les six mois, la réponse des États susceptibles d'être affectés.**

~~{2. — La réponse des États susceptibles d'être affectés est fournie dans un délai raisonnable.}~~

Article 10 [11]

Consultations sur les mesures préventives

1. Les États intéressés engagent des consultations, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, en vue de parvenir à des solutions acceptables concernant les mesures à adopter pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en réduire le risque au minimum. **Les États fixent ensemble un délai d'une durée raisonnable pour la tenue de ces consultations, au moment où ils les engagent.**

2. Les États **intéressés** recherchent des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 11 [12].

2 bis. Au cours des consultations, l'État d'origine, si les autres États le lui demandent, fait en sorte de prendre les mesures pratiques voulues pour réduire au minimum le risque de l'activité en question et, le cas échéant, pour la suspendre pendant une période d'une durée raisonnable de six mois, sauf s'il en est autrement convenu ³³⁶.

3. Si les consultations visées au paragraphe 1 ne permettent pas d'aboutir à une solution concertée, l'État d'origine tient néanmoins compte des intérêts des États susceptibles d'être affectés s'il décide d'autoriser la poursuite de l'activité, sans préjudice des droits de tout État susceptible d'être affecté.

³³⁶ Ancien article 13, paragraphe 3, auquel a été ajouté le terme "**raisonnable**".

Article 11 [12]

Facteurs d'un juste équilibre des intérêts

Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article **10** [11], les États intéressés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

- a) Le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum ou de le réparer;
- b) L'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'État d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour les États susceptibles d'être affectés;
- c) Le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, et de réhabiliter l'environnement;
- d) La mesure dans laquelle l'État d'origine et, le cas échéant, les États susceptibles d'être affectés sont prêts à assumer une partie du coût de la prévention;
- e) La viabilité économique de l'activité, compte tenu du coût de la prévention et de la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou encore de la remplacer par une autre activité;
- f) Les normes de prévention appliquées à la même activité ou à des activités comparables par les États susceptibles d'être affectés et celles qui sont appliquées à des activités comparables au niveau régional ou international.

Article 12 [13]

Procédures en cas d'absence de notification

1. Si un État a des motifs raisonnables de penser qu'une activité projetée ou menée dans l'**État d'origine sur le territoire ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle d'un autre État** risque de causer un dommage transfrontière significatif, il peut demander à cet autre État d'appliquer les dispositions de l'article **9** [10]. La demande doit être accompagnée d'un exposé documenté qui en explique les raisons.
2. Si l'État d'origine conclut néanmoins qu'il n'est pas tenu de donner notification en vertu de l'article **9** [10], il en informe le premier État dans un délai raisonnable en lui adressant un exposé documenté expliquant les raisons de sa conclusion. Si cette conclusion ne satisfait pas le premier État, les deux États, à la demande de ce premier État, engagent promptement des consultations de la manière indiquée à l'article **10** [11].
3. ~~Au cours des consultations, l'État d'origine, si le premier État le lui demande, fait en sorte de prendre des mesures appropriées et applicables pour réduire au minimum~~

~~le risque de l'activité en question et, le cas échéant, pour suspendre celle-ci durant une période de six mois, sauf s'il en est autrement convenu~~³³⁷.

Article 13 [14]

Échange d'informations

Pendant le déroulement de l'activité, les États intéressés échangent en temps voulu toutes les informations disponibles utiles pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en réduire le risque au minimum.

Article 14 [15]

Sécurité nationale et secrets industriels

L'État d'origine n'est pas tenu de communiquer des données et informations qui sont vitales pour sa sécurité nationale ou pour la protection de ses secrets industriels **ou de ses droits de propriété intellectuelle**, mais il coopère de bonne foi avec les autres États intéressés pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Article 15 [16]

Non-discrimination

À moins que les États intéressés n'en soient convenus autrement pour protéger les intérêts des personnes, physiques ou morales, qui peuvent être ou sont exposées au risque d'un dommage transfrontière significatif résultant d'activités entrant dans le champ d'application du présent projet d'articles, un État ne fait pas de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu où le préjudice pourrait survenir dans l'octroi auxdites personnes, conformément à son système juridique, de l'accès à des procédures judiciaires ou autres pour demander protection ou à d'autres recours appropriés.

Article 16

Préparation aux situations d'urgence

Les États d'origine établissent des plans d'action en cas de catastrophe, en coopération, le cas échéant, avec d'autres États susceptibles d'être affectés et avec les organisations internationales compétentes.

Article 17

Notification en cas d'urgence

Les États d'origine informent, sans tarder et en utilisant les moyens les plus rapides dont ils disposent, les autres États susceptibles d'être affectés par une situation d'urgence concernant une activité entrant dans le champ d'application du présent projet d'articles.

³³⁷ Ce paragraphe a été déplacé à l'alinéa 2 *bis* de l'article 11.

Article 18 [6]**Relations avec d'autres règles du droit international**

Les obligations découlant du présent projet d'articles sont sans préjudice de toutes autres obligations dont les États peuvent être tenus en vertu des traités ou des règles du droit international coutumier applicables.

Article 19 [17]**Règlement des différends**

1. Tout différend concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles est résolu dans les meilleurs délais par des moyens pacifiques choisis d'un commun accord entre les parties, comprenant notamment la soumission du différend à une procédure de médiation, de conciliation, d'arbitrage ou de règlement judiciaire.
2. À défaut d'accord sur ce point au terme d'un délai de six mois, les parties intéressées constituent, à la demande de l'une quelconque d'entre elles, une commission d'enquête indépendante et impartiale. Le rapport de la Commission est examiné de bonne foi par les parties.

CHAPITRE IX

AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

722. Eu égard aux paragraphes 8, 9 et 11 de la résolution 54/111 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1999, la Commission a examiné la question inscrite au point 8 de son ordre du jour sous le titre "Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission" et l'a renvoyée au Groupe de planification du Bureau élargi.

723. Le Groupe de planification a tenu quatre séances. Il était saisi de la section E, "Autres décisions et conclusions de la Commission", du résumé thématique des débats tenu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale lors de sa cinquante-troisième session³³⁸.

724. Le Groupe de planification a rétabli le groupe de travail informel chargé d'étudier la structure de la session, ainsi que le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme³³⁹.

725. À sa 2664^{ème} séance, le 18 août, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de planification.

1. Programme de travail à long terme

726. La Commission a pris note du rapport du Groupe de planification où il était dit que, pour ce qui était de la méthode de travail, les membres du Groupe avaient, à la demande du Président, commencé par recenser un certain nombre de sujets qu'il pourrait être utile d'examiner plus avant pour savoir s'il convenait d'en recommander l'inscription au programme de travail à long terme de la Commission. Ces sujets concernaient divers aspects importants du droit international, comme les droits de l'homme, l'environnement, la responsabilité et les traités. Après un nouvel examen, le Groupe de travail avait réduit la liste aux sujets suivants :

- Aspects juridiques de la corruption et des pratiques connexes;
- Aspects juridictionnels de la criminalité transnationale organisée;
- La responsabilité des organisations internationales;
- Les risques que pose la fragmentation du droit international;
- Le droit de la sécurité collective;

³³⁸ A/CN.4/504.

³³⁹ Pour la composition de ces organes, voir par. 10 *supra*.

- La protection humanitaire;
- L'effet des conflits armés sur les traités;
- La situation de l'individu en droit international;
- Le droit d'asile;
- Le droit relatif à l'expulsion des étrangers;
- Les conséquences juridiques internationales des violations des droits de l'homme;
- La non-discrimination en droit international;
- Étude de faisabilité sur le droit de l'environnement : directives touchant l'instauration d'un système de contrôle international destiné à prévenir les litiges en matière d'environnement;
- Le principe de précaution;
- Les ressources naturelles partagées des États;
- Le principe pollueur-payeur.

727. Chacun des sujets choisis à été assigné à un membre de la Commission pour qu'il détermine dans le cadre d'une étude de faisabilité s'il pouvait être inscrit au programme de travail à long terme.

728. La Commission a pris note du rapport du Groupe de planification où il est dit qu'en ce qui concerne les critères de sélection des sujets, le Groupe de travail, ayant à l'esprit la recommandation formulée par la Commission au paragraphe 238 de son rapport sur les travaux de sa quarante-neuvième session³⁴⁰ avait décidé qu'il fallait :

- Que le sujet corresponde aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international;
- Que le sujet soit suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et un développement progressif;
- Que le sujet soit concret et se prête au développement progressif et à la codification; et

³⁴⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément No 10 (A/52/10).*

- Que la Commission ne s'en tienne pas aux sujets classiques, mais qu'elle envisage aussi ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de la communauté internationale.

729. La Commission a souscrit aux conclusions du Groupe de planification, à savoir que sur la base de ces critères et après avoir examiné en profondeur les études préliminaires sur les sujets ci-dessus, les sujets suivants pouvaient être inscrits à son programme de travail à long terme :

- 1) La responsabilité des organisations internationales;
- 2) Les effets des conflits armés sur les traités;
- 3) Les ressources naturelles partagées par les États;
- 4) L'expulsion des étrangers;
- 5) Les risques que pose la fragmentation du droit international.

730. Les plans d'étude des sujets qu'il est recommandé d'inscrire au programme de travail à long terme de la Commission sont annexés au présent rapport.

731. La Commission a noté que le dernier de ces sujets, "Les risques que pose la fragmentation du droit international", était différent de ceux qu'elle avait étudiés jusque-là. Elle a néanmoins considéré qu'il soulevait des problèmes de plus en plus importants en droit international et qu'elle pourrait contribuer à les faire mieux comprendre. La Commission a aussi noté que la méthode et les résultats de ses travaux sur ce sujet, s'ils ne relevaient pas à strictement parler des formes ordinaires de la codification du droit, entraient bien dans ses compétences de la Commission et étaient conformes à son statut.

732. La Commission a aussi pris note d'un certain nombre d'études préliminaires utiles sur l'environnement, mais elle a décidé que toute décision sur des travaux futurs dans le domaine du droit de l'environnement devait être renvoyée au prochain quinquennat. Elle a noté en particulier qu'il était souhaitable d'avoir une approche plus intégrée de l'établissement des études de faisabilité dans le domaine de l'environnement.

733. La Commission a aussi noté que deux sujets sur des questions relatives à la corruption et à la protection humanitaire méritaient qu'elle les étudie lors de son prochain quinquennat, mais qu'elle n'était pas en mesure à la présente session de recommander leur inscription au programme de travail à long terme.

2. Durée, structure et lieu des sessions à venir de la Commission

734. Ayant pris note du rapport du Groupe de planification sur les questions mentionnées ci-dessus, la Commission estime, comme il est expliqué en détail aux paragraphes 635 à 637 de son rapport pour 1999³⁴¹, que les sessions au cours de son prochain quinquennat devraient aussi être divisées en deux parties de durée égale, ce qui contribuerait à améliorer l'efficacité et la productivité de ses travaux et permettrait à ses membres d'être plus assidus. La Commission continuerait en principe de se réunir à Genève. Néanmoins, afin de renforcer les relations entre la Commission et la Sixième Commission, une ou deux parties de ses sessions ainsi scindées pourraient se tenir à New York, en milieu de mandat.

735. De plus, la Commission, ainsi qu'elle l'a déjà indiqué au paragraphe 227 de son rapport pour 1996³⁴², persiste à penser qu'"à plus long terme, la question de la durée des sessions est liée à celle de l'organisation [de ses travaux]" et que "si le principe d'une session en deux temps est adopté... elle pourra normalement s'acquitter avec efficacité de ses tâches dans un délai inférieur à 12 semaines par an. Il lui semble qu'il y aurait de bonnes raisons pour que la Commission revienne à l'ancien système, où les travaux étaient étalés sur 10 semaines au total, tout en se ménageant la possibilité de prolonger sa session de deux semaines certaines années si nécessaire". En conséquence, et à moins que des raisons majeures touchant l'organisation de ses travaux n'exigent qu'il en soit autrement, les sessions de la Commission devraient durer 10 semaines au début du prochain quinquennat et 12 semaines vers la fin du quinquennat.

B. Date et lieu de la cinquante-troisième session

736. Comme sa prochaine session coïncidera avec la dernière année du mandat en cours, la Commission juge indispensable, vu les tâches à accomplir, de tenir une session de 12 semaines scindée en deux parties, qui aura lieu à l'Office des Nations Unies à Genève du 23 avril au 1er juin et du 2 juillet au 10 août 2001.

C. Coopération avec d'autres organes

737. Le Comité juridique interaméricain a été représenté à la présente session de la Commission par M. Brynmor Pollard. M. Pollard a pris la parole devant la Commission à sa 2648^e séance, le 28 juillet 2000, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

738. La Commission a été représentée à la session de 2000 du Comité consultatif juridique afro-asiatique, tenue au Caire, par M. Gerhard Hafner, qui a assisté à la session et pris la parole

³⁴¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10).*

³⁴² *Ibid., cinquante et unième session, Supplément No 10 (A/51/10).*

devant le Comité au nom de la Commission. Le Comité consultatif juridique afro-asiatique était représenté à la présente session de la Commission par son Secrétaire général, M. Wafik Kamil. M. Kamil a pris la parole devant la Commission à sa 2654ème séance, le 10 août 2000, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

739. Le Comité européen de coopération juridique et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public étaient représentés à la présente session de la Commission par M. Rafael Benítez. M. Benítez a pris la parole devant la Commission à sa 2655ème séance, le 11 août 2000, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

740. À sa 2658ème séance, le 15 août 2000, M. Gilbert Guillaume Président de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités récentes de la Cour et des affaires dont celle-ci est actuellement saisie. Un échange de vues a suivi. La Commission juge cet échange de vues permanent avec la Cour très utile et très fructueux.

741. Le 27 juillet 2000, un échange de vues informel sur des questions d'intérêt mutuel a eu lieu entre les membres de la Commission et des membres des services juridiques du Comité international de la Croix-Rouge.

D. Représentation à la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale

742. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Chusei Yamada.

743. En outre, à sa 2664ème séance, le 18 août 2000, la Commission a prié M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Rapporteur spécial pour le sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)" d'assister à la cinquante-cinquième session, conformément aux dispositions du paragraphe 5 de la résolution 44/35 de l'Assemblée générale.

E. Séminaire de droit international

744. Conformément à la résolution 54/111 de l'Assemblée générale, la trente-sixième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 14 au 28 juillet 2000, durant la présente session de la Commission. Ce séminaire s'adresse à des étudiants en droit international de niveau avancé et à de jeunes professeurs et fonctionnaires nationaux se destinant à une carrière diplomatique ou universitaire ou à la fonction publique dans leur pays.

745. Vingt-quatre participants de nationalités différentes, la plupart de pays en développement, ont pu participer à la session ³⁴³. Les participants au Séminaire ont observé les séances plénières de la Commission, assisté à des conférences organisées spécialement à leur intention et participé aux travaux des groupes de travail chargés de questions spécifiques.

746. Le Séminaire a été ouvert par le Président de la Commission, M. Chusei Yamada. M. Ulrich von Blumenthal, juriste hors classe à l'Office des Nations Unies à Genève, était chargé de l'administration et de l'organisation du Séminaire.

747. Les conférences suivantes ont été données par les membres de la Commission : M. Pemmaraju Sreenivasa Rao : "Les travaux de la CDI". M. Christopher Dugard : "La protection diplomatique"; M. Ian Brownlie : "La Cour internationale de Justice"; M. Giorgio Gaja : "La notion 'd'État lésé'"; M. Djamchid Momtaz : "Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale"; M. Victor Rodríguez-Cedeño : "Actes unilatéraux des États" et M. James Crawford : "Contre-mesures".

748. Des conférences ont également été données par M. Gudmundur Eiriksson, ancien membre de la Commission, juge au Tribunal international des Nations Unies pour le droit de la mer : "Le Tribunal international du droit de la mer"; M. Pieter Kuijper, Directeur de la Division des affaires juridiques de l'Organisation mondiale du commerce : "Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC"; M. Volker Türk, conseiller juridique, Division de la protection internationale, Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) : "La protection internationale des réfugiés"; M. Bertie Ramcharan, Haut-Commissaire adjoint aux droits de l'homme : "Les activités du Haut-Commissariat aux droits de l'homme"; et Mme Anne Ryniker, conseillère juridique, Comité international de la Croix-Rouge (CICR) : "Le droit international humanitaire et l'œuvre du Comité international de la Croix-Rouge".

³⁴³ Ont participé à la trente-sixième session du Séminaire de droit international : M. Abdelrahman Afifi (Palestinien); M. Chatri Archjananun (Thaïlande); M. Boukar Ary Tanimoune (Niger); M. Vidjea Barathy (Inde); Mme Maria Manuela Farrajota (Portugal); Mme Monica Feria Tinta (Pérou); M. Márcio Garcia (Brésil); Mme Julie Gaudreau (Canada); M. Mahmoud Hmoud (Jordanie); M. Frank Hoffmeister (Allemagne); M. Mactar Kamara (Sénégal); M. Konstantin Korkella (Géorgie); M. Davorin Lapas (Croatie); M. Erasmo Lara-Cabrera (Mexique); Mme Carolane Mayanja (Ouganda); M. Mischa Morgenbesser (Suisse); Mme Lipuo Moteetee (Lesotho); Mme Karen Odaba (Kenya); M. Marcos Orellana (Chili); M. Guillermo Padrón-Wells (Venezuela); M. Payam Shahrjerdi (République islamique d'Iran); Mme Maria Isabel Torres Cazorla (Espagne); Mme Barbara Tószegi (Hongrie); M. Alain Edouard Traore (Burkina Faso). Un comité de sélection, placé sous la présidence du professeur Nguyen-Huu Tru (Professeur honoraire à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève), s'est réuni le 18 mai 2000 et après avoir examiné 124 demandes de participation au Séminaire, a retenu 24 candidats.

749. Les participants au Séminaire ont été affectés à des groupes de travail dont la tâche principale était de préparer les débats à la suite de chaque conférence et de présenter des comptes rendus analytiques écrits. Ces comptes rendus ont été réunis et distribués aux participants. Sous la direction de M. Gerhard Hafner, un groupe a élaboré une bibliographie annotée concernant "Les incidences des conflits armés sur les traités".

750. Les participants ont aussi eu l'occasion d'utiliser les installations de la Bibliothèque du Palais des Nations Unies et de visiter le Musée du CICR.

751. La République et Canton de Genève a offert son hospitalité traditionnelle aux participants, avec une visite guidée des salles de l'Alabama et du Grand Conseil, suivie d'une réception.

752. M. Chusei Yamada, Président de la Commission, M. Ulrich von Blumenthal, au nom de l'Office des Nations Unies à Genève, et Mme Monica Faria Tinta et M. Payam Shahrjerdi, au nom des participants, ont pris la parole devant la Commission et les participants à la fin du Séminaire. Chaque participant s'est vu remettre un certificat attestant sa participation à la trente-sixième session du Séminaire.

753. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que les Gouvernements de l'Allemagne, du Danemark, de la Finlande et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. La situation financière du Fonds a permis d'accorder un nombre suffisant de bourses pour parvenir à une répartition géographique adéquate entre les participants et faire venir de pays en développement des candidats méritants qui, sans cela, n'auraient pas pu participer à la session. En 2000, des bourses intégrales (couvrant à la fois les frais de voyage et les frais de subsistance) ont été attribuées à 12 participants et des bourses partielles (ne couvrant que les frais de subsistance ou de voyage) à cinq participants.

754. Sur les 807 participants, représentant 147 nationalités, qui ont pris part au Séminaire depuis sa création en 1965, 461 ont bénéficié d'une bourse.

755. La Commission souligne l'importance qu'elle attache aux sessions du Séminaire, qui donnent à de jeunes juristes, notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et avec les activités des nombreuses organisations internationales qui ont leur siège à Genève. La Commission recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux États pour qu'ils versent des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de l'an 2001 la plus large participation possible. Il convient de souligner que, comme il y a de moins en moins de contributions, les organisateurs du Séminaire ont dû cette année puiser dans la réserve du Fonds. Si cette situation perdure, il est à craindre que les ressources du Fonds ne permettent plus d'accorder autant de bourses.

756. La Commission a noté avec satisfaction qu'en 2000, un service d'interprétation intégral avait été mis à la disposition du Séminaire. Elle a exprimé l'espoir que le Séminaire bénéficierait du même service à sa prochaine session, malgré les contraintes financières.

F. Conférence commémorative Gilberto Amado

757. La quatorzième Conférence commémorative en l'honneur de Gilberto Amado, illustre juriste brésilien et ancien membre de la Commission, a été donnée le 18 juillet 2000 par M. Alain Pellet, professeur de droit international à l'Université de Paris X-Nanterre et membre de la Commission. Elle avait pour thème : "Droits de l'homme et droit international".

758. Les conférences commémoratives Gilberto Amado ont été rendues possibles grâce aux généreuses contributions du Gouvernement brésilien, auquel la Commission a exprimé sa gratitude. La Commission a prié son Président de transmettre ses remerciements au Gouvernement brésilien.

ANNEXE

Plans d'étude des sujets qu'il est recommandé d'inscrire au programme
de travail à long terme de la Commission

	<u>Sommaire</u>	<u>Page</u>
1.	LA RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES (Alain Pellet)	284
2.	LES EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS (Ian Brownlie)	296
3.	LES RESSOURCES NATURELLES PARTAGÉES DES ÉTATS (Robert Rosenstock)	298
4.	L'EXPULSION DES ÉTRANGERS (Emmanuel A. Addo)	301
5.	LES RISQUES QUE POSE LA FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL (Gerhard Hafner)	305

LA RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES (Alain Pellet)

I. Opportunité de l'inscription du sujet à l'ordre du jour de la Commission

La section IX du Plan général indicatif établi par le Groupe de travail à long terme en 1996 et annexé au *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément No 10 (A/51/10)* est intitulée "Droit des relations/de la responsabilité internationales" (p. 371).

Cette section est particulièrement fournie en sujets dont l'étude a été achevée ou qui sont en cours d'examen, puisque y figurent :

- sous la rubrique 1 ("sujets dont l'étude a déjà été menée à bien"), les trois Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires et sur les missions spéciales, la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale et le projet d'articles de la Commission sur le statut du courrier et de la valise diplomatiques;
- sous la rubrique 2 ("sujets à l'étude à la Commission"), la responsabilité des États et la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international; et
- sous la rubrique 3 ("sujets que la Commission pourrait étudier à l'avenir"), la protection diplomatique et la protection fonctionnelle, qui sont d'ores et déjà inscrites à l'ordre du jour de la Commission (puisque'il semble avoir été entendu que la protection fonctionnelle sera, à un moment ou un autre, étudiée conjointement avec la protection diplomatique stricto sensu), la représentation internationale des organisations internationales, et la responsabilité internationale des organisations internationales.

Ce dernier sujet apparaît donc comme entrant, par excellence, dans les compétences de la Commission qui a exercé avec bonheur ses fonctions de développement progressif et de codification du droit international dans ce domaine.

Au surplus, le sujet constitue le pendant logique, et probablement nécessaire, de celui relatif à la responsabilité des États dont l'étude sera achevée au plus tard à la fin du présent quinquennium, c'est-à-dire en 2001. Il paraît donc particulièrement opportun qu'il en prenne la suite, de même que le sujet relatif aux traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales a succédé à celui relatif au droit des traités (entre États) à partir de 1969. S'il n'en allait pas ainsi, le thème général de la responsabilité, qui constitue, avec le droit des traités, l'un des piliers des travaux de la Commission et sans doute son "grand œuvre" demeurerait inachevé et inabouti.

Du reste, la Commission a rencontré à plusieurs reprises la question de la responsabilité des organisations internationales durant son étude de celle des États (cf. Annuaire CDI, 1973, vol. II, deuxième partie, p. 171 ou Annuaire CDI, 1975, vol. II, deuxième partie, p. 94).

Par ailleurs, le sujet de la responsabilité des organisations internationales paraît répondre en tous points aux critères que la Commission a dégagés en 1997 et repris en 1998 pour le choix des sujets à inscrire à son programme à long terme (voir le *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément No 10 (A/52/10)*, par. 238, p. 133, et *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément No 10*, par. 553, p. 236):

- il semble correspondre aux besoins des États (et des organisations internationales) comme le montrent les interventions en ce sens de plusieurs représentants à la Sixième Commission durant la cinquante-deuxième session de l'Assemblée générale; en outre, de nombreux problèmes concrets se posent dans ce domaine et ils devraient devenir de plus en plus nombreux compte tenu du regain d'activités opérationnelles des organisations internationales et, en particulier, des actions en faveur du maintien de la paix et de la sécurité internationales menées par les Nations Unies, de la mise en œuvre du volet opérationnel de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer et des activités spatiales de certaines organisations internationales régionales; des affaires récentes (et notamment la faillite du Conseil international de l'étain en 1985 - voir Ilona CHEYNE, "The International Tin Council", ICLQ 1989, p. 417 à 424 et 1990, p. 945 à 952; Pierre-Michel EISEMANN, "Crise du Conseil international de l'étain et insolvabilité d'une organisation intergouvernementale", AFDI 1985, p. 730 à 746 et "L'épilogue de la crise du Conseil international de l'étain", AFDI 1990, p. 678 à 703, E.J. McFADDEN, "The Collapse of Tin: Restructuring a Failed Commodity Agreement", AJIL 1986, p. 811 à 830; Philip SANDS, "The Tin Council Litigation in the English Courts", NILR 1987, p. 367 à 391; Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, "Piercing the Corporate Veil of International Organizations: The International Tin Council Case in the English Court of Appeals", G.Y.B.I.L. 1989, p. 43 à 54 ou Ralph ZACKLIN, "Responsabilité des organisations internationales" in S.F.D.I., Colloque du Mans, La responsabilité dans le système international, Pédone, Paris, 1991, p. 86 à 100) confirment clairement ce "besoin de codification";
- le sujet est également certainement "mûr sur le terrain de la pratique", qui demeure assez mal connue mais est d'ores et déjà considérable (l'Annuaire juridique des Nations Unies fournit néanmoins des pistes intéressantes à cet égard);
- il est tout à fait concret et son traitement sera facilité par les travaux effectués en matière de responsabilité des États qui fournissent un cadre conceptuel par rapport auquel il faudra le situer; en outre, comme le montre la bibliographie sommaire jointe à cette note, la réflexion doctrinale sur ce thème est d'ores et déjà loin d'être négligeable.

En conclusion, le sujet relatif à la responsabilité des organisations internationales semble être de ceux qui se prêtent tout particulièrement à une inscription rapide à l'ordre du jour de la Commission. Telle a été, du reste, la position prise par le Groupe de travail sur le programme

de travail à long terme en 1998 et dont la Commission a pris note (*Rapport précédent*, A/53/10, par. 554, p. 236). Il paraît opportun de l'indiquer dès cette année dans le Rapport à l'Assemblée générale, de façon à ce que la Commission puisse recueillir les réactions des États et envisager soit la constitution d'un Groupe de travail, soit la nomination d'un Rapporteur spécial dès 2000 afin que les travaux préliminaires puissent être achevés d'ici la fin du présent *quinquennium* et que l'examen d'un projet d'articles puisse commencer dès la première année du suivant.

II. Schéma général préliminaire

Note : On part du principe selon lequel "[l]e droit international de la responsabilité, dans son application aux organisations internationales, inclut, en plus des règles générales en vigueur dans la sphère de la responsabilité des États, d'autres règles spéciales requises par les particularités de ces sujets (en ce qui concerne, *inter alia*, les catégories d'actes, les limites de la responsabilité tenant à la personnalité fonctionnelle des organisations, le cumul de faits illicites et de responsabilités, les mécanismes et procédures de règlement en matière de responsabilité affectant les organisations" (Manuel Pérez González, "Les organisations internationales et le droit de la responsabilité", R.G.D.I.P. 1988, p. 99; dans le même sens, R. Zacklin, op. cit, p. 92). Le projet d'articles de la Commission sur la responsabilité des États constitue donc un point de départ légitime de la réflexion qui doit porter ensuite sur les aménagements à lui apporter.

Note : L'une des difficultés du sujet tient au fait que le projet sur la responsabilité des États est muet sur les droits appartenant à une organisation internationale lésée par le fait internationalement illicite d'un État, lacune qu'il paraît souhaitable de combler à l'occasion de l'étude de la responsabilité des organisations internationales. Ceci pourrait se faire soit dans une partie distincte, soit comme cela est proposé dans le présent document, conjointement avec les questions liées à la "responsabilité passive" des organisations internationales. Chacune de ces solutions présente des avantages et des inconvénients.

1) Origine de la responsabilité

i) Principes généraux

Principe de la responsabilité de l'organisation internationale pour ses faits internationalement illicites

Éléments du fait internationalement illicite

Exclusion de la responsabilité sans manquement

Exclusion des régimes conventionnels de responsabilité

Note : Les régimes conventionnels de responsabilité des organisations internationales sont relativement nombreux (voir not. l'exemple, abondamment commenté, de l'article XXII de la Convention de 1972 sur la responsabilité pour les dommages causés par les objets spatiaux); leur "exclusion" ne signifie évidemment pas que ces mécanismes spéciaux ne doivent pas être étudiés attentivement afin de déterminer si l'on peut en déduire des règles générales.

Exclusion du droit interne de l'organisation (responsabilité de l'organisation à l'égard de ses agents)

Note : Ce dernier problème mérite probablement une discussion approfondie.

ii) L'attribution du fait internationalement illicite à l'organisation

Attribution à l'organisation du comportement de ses organes

Attribution à l'organisation du comportement d'organes mis à sa disposition par des États ou des organisations internationales

Attribution à l'organisation d'actes commis *ultra vires*

Note : Cette question, qui fait l'objet *mutatis mutandis* de l'article 10 du projet d'articles sur la responsabilité des États, présente une importance toute particulière s'agissant de la responsabilité des organisations internationales, notamment du fait du principe de spécialité, qui limite leurs compétences.

iii) Violation d'une obligation internationale

Note : Les dispositions du chapitre III de la première partie du projet de la CDI sur la responsabilité des États (art. 16 à 26) semblent pouvoir être transposées sans trop de difficultés, à l'exception cependant de l'ancien article 22 (qu'il est prévu d'inclure, en seconde lecture, dans la partie ii) *bis* du projet), relatif à l'épuisement des recours internes, problème pour lequel des solutions relevant du développement progressif du droit international devront probablement être trouvées (voir aussi III. ii) *infra*).

Note : On pourrait se poser la question de savoir si ce chapitre (ou un chapitre iii) *bis* distinct) serait le lieu d'examiner les activités de l'organisation susceptibles de donner lieu à responsabilité (activités opérationnelles; actes survenus au Siège ou sur un autre territoire où l'organisation agit; activités engendrant des dommages d'origine technologique; activités normatives; accords internationaux; etc. - je reprends cette énumération de l'article précédent de Manuel Pérez González, p. 85 à 92. À mon sens, la réponse à cette question devrait être catégoriquement négative : cette intrusion dans les règles primaires conduirait inévitablement à un éclatement du régime de la responsabilité et donnerait au projet une connotation entièrement différente de celle du projet sur la responsabilité des États.

iv) Combinaison de responsabilités

Note : Il s'agit sans doute là de l'un des aspects du sujet sur lequel les différences avec la responsabilité des États (voir le chapitre IV de la première partie du projet) sont le plus marquées du fait de la nature particulière des organisations internationales.

Implication d'une organisation internationale dans le fait internationalement illicite d'une autre organisation internationale

Implication d'un État dans le fait internationalement illicite d'une organisation internationale

Responsabilité de l'organisation internationale pour le fait internationalement illicite d'un État commis en application de ses décisions

Responsabilité d'un État membre ou des États membres pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale

Note : Les deux derniers points mentionnés ci-dessus posent de difficiles problèmes de responsabilité conjointe ou solidaire (*joint* ou *joint and several responsibility*), qui ne sont pas abordés dans le projet d'articles sur la responsabilité des États tel qu'il a été adopté par la Commission en première lecture, mais dont il semble entendu qu'ils le seront en seconde lecture.

v) Circonstances excluant l'illicéité

Note : Ici encore, la transposition des principes figurant au chapitre V de la première partie du projet sur la responsabilité des États (art. 29 à 35) ne devrait pas poser de problèmes particulièrement délicats, sauf, toutefois en ce qui concerne les contre-mesures (art. 30).

2) Conséquences de la responsabilité

i) Principes généraux

Note : Les principes figurant dans le chapitre I de la deuxième partie du projet sur la responsabilité des États peuvent sans doute également être transposés (sous réserve du profond remaniement de certains d'entre eux attendus en seconde lecture).

ii) Obligations de l'organisation internationale auteur d'un fait internationalement illicite et droits d'une organisation internationale lésée par le fait internationalement illicite d'un État ou d'une autre organisation internationale

Cessation du comportement illicite

Assurances et garantie de non-répétition

Obligation de réparer

Formes et modalités de la réparation (*restitutio in integrum*, indemnisation, satisfaction)

Bénéficiaires de la réparation (autre organisation internationale, État membre, État non membre, personnes privées)

iii) Conséquences d'une combinaison de responsabilités

Note : Les conséquences d'une combinaison de responsabilité (évoquée *supra* sous I. iv) risquent d'être tellement compliquées qu'il sera sans doute nécessaire de leur consacrer un chapitre entier; la même chose se révélera d'ailleurs peut-être nécessaire s'agissant de la responsabilité des États.

iv) Réactions au fait internationalement illicite d'une organisation internationale et réactions d'une organisation internationale au fait internationalement illicite d'un État

Contre-mesures d'un État non membre ou d'une autre organisation internationale lésés

Réactions possibles d'un État membre de l'organisation

Contre-mesures d'une organisation internationale lésée par le fait internationalement illicite d'une autre organisation internationale ou d'un État non membre

Réactions possibles d'une organisation internationale au fait internationalement illicite d'un État membre

Note : Le problème des contre-mesures est délicat en soi; il l'est certainement davantage encore s'agissant des organisations internationales. D'une part, il paraît évident que, si le projet sur la responsabilité des États consacre la possibilité de recourir à des contre-mesures, il n'y a aucune raison de passer la question sous silence en ce qui concerne le présent sujet : les États non membres doivent pouvoir réagir aux faits internationalement illicites des organisations internationales de la même manière qu'ils le peuvent face aux faits internationalement illicites d'autres États et, réciproquement, une organisation internationale (d'intégration en particulier) doit pouvoir prendre des contre-mesures en riposte à un fait internationalement illicite d'un État ou d'une autre organisation internationale. D'autre part, la question se pose en revanche de savoir s'il convient d'inclure dans le projet la question des relations entre l'organisation et ses Membres (lorsque l'acte constitutif ne les régleme pas).

[v) Crimes internationaux

Note : J'indique ceci pour mémoire. Il n'est pas exclu que, comme un État, une organisation internationale puisse commettre un crime au sens de l'actuel article 19 du projet sur la responsabilité des États. Il ne paraît pas utile de réentamer sur ce point le long débat que suscite la question : la solution qui sera retenue pour les États pourra sans doute être transposée aux organisations internationales, avec les adaptations que le régime finalement retenu supposera.]

3) Mise en œuvre de la responsabilité

i) La protection des personnes privées et des agents de l'organisation

La protection fonctionnelle exercée par l'organisation vis-à-vis d'un État ou d'une autre organisation internationale auteur d'un fait internationalement illicite ayant causé un dommage à l'un de ses agents

La protection diplomatique exercée par un État vis-à-vis d'une organisation internationale auteur d'un fait internationalement illicite ayant causé un dommage à l'un de ses nationaux

Note : Cette rubrique n'a pas lieu d'être si ces questions sont examinées et réglées dans le cadre du sujet relatif à la protection diplomatique.

ii) Règlement des différends

Note : Autant on peut avoir des doutes sérieux sur le bien-fondé d'inclure une partie sur le règlement des différends dans le projet d'articles relatif à la responsabilité des États, autant ceci paraît souhaitable en ce qui concerne la responsabilité des organisations internationales qui, d'une part, n'ont pas accès à la CIJ et, d'autre part, n'offrent pas de mécanismes internes de règlement équivalents à ceux existant au sein des États alors que leurs immunités les garantissent en principe contre des actions intentées contre elles devant des tribunaux nationaux. Ceci dit, il ne pourra s'agir que d'un développement du droit international en vigueur.

III. Bibliographie sommaire

AMERASINGHE (C.F.); *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 1996, 223 p.

AMERASINGHE (C.F.); "Liability to Third Parties of Members States of International Organizations", *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, p. 259 à 280.

AMRALLAH (B.); "The International Responsibility of the United Nations for Activities Carried Out by U.N. Peace-Keeping Forces", *Revue égyptienne de droit international*, vol. 32, 1976, p. 57 à 82.

ARSANJANI (M.H.); "Claims Against International Organizations", *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7, 1981, p. 131 à 176.

BARAV (A.); "Failure of Member States to Fulfil their Obligations under Community Law", *C.M.L.R.*, 1975, p. 369 à 383.

BLECKMANN (A.); "Zur Verbindlichkeit des Allgemeinen Völkerrechts für Internationale Organisationen", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 37, 1977, p. 107.

BÜCKLING (A.); "Die völkerrechtliche Haftung für Schäden die durch Weltraumgegenstände verursacht werden", *Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen*, vol. 21, 1972, p. 213.

BUTKIEWITZ (E.); "The Premises of International Responsibility of Inter-governmental Organizations", *Polish Yearbook of International Law*, vol. 11, 1981-1982, p. 117 à 140.

CANCADO TRINDADE (A.A.); "Exhaustion of Legal Remedies and the Law of International Organizations", *Rev. D.I., sc. dipl.* 1979, p. 81 à 123.

CHRISTOL (C.Q.); "International Liability for Damage Caused by Space Objects", *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, p. 345.

CONZE (A.); *Die völkerrechtliche Haftung der Europäischen Gemeinschaft*, Baden Baden 1987.

COUZINET (J.F.); "La faute dans le régime de la responsabilité non contractuelle des Communautés européennes", *R.T.D.E.* 1986, p. 267 à 290.

- DELEAU (O.); "La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux", *Annuaire français de droit international*, vol. 17, p. 876.
- DEMBLING (P.B.); "International Liability for Damages Caused by the Launching of Objects into Outer Space", *Proceedings of the Eleventh Colloquium on the Law of Outer Space*, 1968, p. 236.
- DI BLASE (A.); "Sulla Responsabilità Internazionale per Attività de l'ONU", *Rivista di Diritto Internazionale* 1974, p. 250.
- DIEDERIKS-VERSCHOOR (I.H.); "Pro and Contra of Liability of International Governmental Organizations in Space Law", *Proceedings of the Seventeenth Colloquium on the Law of Outer Space*, 1975, p. 186.
- DUMON (F.); "La responsabilité extracontractuelle des Communautés européennes et de leurs agents", *Cahiers de droit européen*, 1969, p. 5.
- DUPUY (P.-M.); *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, 1976, p. 65 à 68.
- EAGLETON (C.); "International Organizations and the Law of State Responsibility", *Recueil des Cours*, vol. 76, 1950-I, p. 340 à 421.
- EBENROTH (C.T.) et FUHRMANN (L.); Die zivilrechtliche Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitgliedstaaten, *Juristen Zeitung* 1998, 211 pages.
- FINES (F.); *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, L.G.D.J., Paris, 1990, 501. pages.
- FITZGERALD (G.F.); "The Participation of International Organizations in the Proposed International Agreement on Liability for Damage Caused by Objects Launched into Outer Space", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 3, 1965, p. 265 à 280.
- FORKOSCH (M.D.); *Outer Space and Legal Liability*, Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1982.
- FOSTER (W.F.); "The Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 10, 1972, p. 137.
- FUSS (E.W.); "La responsabilité des Communautés européennes pour le comportement illégal de leurs organes", *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 17, 1981, p. 1 à 32.
- GALICKI (Z.); "Liability of International Organizations for Space Activities", *Polish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1972-1973, p. 199 à 207.
- GAJA (G.); "Some Reflections on the European Community's International Responsibility", in SCHERMERS (H.G.), HEUKELS (T.), MEAD (P.) eds., *Non-Contractual Liability of the European Communities*, Dordrecht, 1988, p. 169 à 176.

GARCIA AMADOR (F.V.); "La responsabilité imputable aux organisations internationales" *Revue de droit international*, 1956, p. 149.

GINTHER (K.); *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit Internationaler Organisationen gegenüber Drittstaaten*, Springer-Verlag, Wien, 1969.

GINTHER (K.); "International Organizations, Responsibility", in BERNHARDT (R.) ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 5, 1983, p. 162 à 165.

GOFFIN (L.); "La responsabilité non contractuelle des Communautés", in *Les nouveaux droits des Communautés européennes* (sous la direction de W.J. Ganshof van der Meesch), Brussels, 1969, p. 141.

GOLDIE (L.F.E.); International Principles of Responsibility for Pollution, *Colorado Journal of Transnational Law*, vol. 9, 1970, p. 229.

GREVISSE (F.), COMBREXELLE (J.D.) et HONORAT (E.); "Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des États membres dans l'élaboration et dans la mise en œuvre du droit communautaire", *Mélanges Pastor Riduejo*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 933 à 952.

HARTLEY (T.C.); "Concurrent Liability in EEC Law: A Critical Review of the Cases", *E.L.R.*, 1977, p. 249 à 265.

HARTWIG (M.); *Die Haftung der Mitgliedstaaten für Internationale Organisationen*, thèse, Springer-Verlag, Berlin, 1993.

HERDEGEN (M.); "The Insolvency of International Organizations and the Legal Position of Creditors: Some Observations in the Light of the International Tin Council Crisis", *Netherland International Law Review*, vol. 35, 1988, p. 135 à 144.

HIGGINS (R.); "Legal Consequences for Member States of the Non-Fulfilment by International Organizations of their Obligations Towards Third Parties", *Ann. I.D.I.* 1995, p. 249 à 469.

HIRSCH (M.); *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, thèse, Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, 220 pages.

KALTENECKER (H.) et ARETS (J.); Aspects de la responsabilité internationale des organisations internationales de l'espace", *Proceedings of the Eleventh Colloquium on the Law of Outer Space*, 1969, p. 45.

KLEIN (P.); *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1998, XXXII-673 pages.

KRYLOV (N. B.); "International Organizations and New Aspects of International Responsibility", in BUTLER (W. E.) ed.; *Perestroika and International Law*, Dordrecht, 1990, p. 221 à 226.

LAGRANGE (M.); "The Non-Contractual Liability of the Community in the ECSC and in the EEC", *Common Market Law Review*, vol. 3, 1965-1966, p. 10.

LAUTERPACHT (E.); "The Legal Effects of Illegal Acts of International Organizations", in *Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair*, London, 1965, p. 88 à 121.

LAUTERPACHT (E.); "The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law: International Organizations – Responsibility (the Western European Union)", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 1958, p. 568.

LOUIS (J.V.); "Mise en œuvre des obligations internationales de la Communauté dans les ordres juridiques de la Communauté et de ses États membres", *Revue belge de droit international*, vol. 13, 1977, p. 122 à 143.

LYSEN (G.); *The Non-Contractual and Contractual Liability of the European Communities*, Almquist and Wiksell, Uppsala, 1976.

MENG (W.); "Internationale Organisationen im völkerrechtlichen Deliktsrecht", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45, 1985, p. 324 à 355.

MÜLLER (H.-J.); *Grundsätze der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit internationaler Organisationen*, Potsdam-Babelsberg, 1977.

MÜLLER (H.-J.); Grundsätze der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit internationaler Organisationen, *Deutsche Außenpolitik*, vol. 23, 1987, p. 89.

OGUNBANWO (O.); *International Law and Outer Space Activities*, 1975, 143 pages.

OLIVER (P.); "Joint Liability of the Community and the Member States", in SCHERMERS (H. G.), HEUKELS (T.), MEAD (P.) eds., *Non-Contractual Liability of the European Communities*, Dordrecht, 1988, p. 125 à 148.

OSIEKE (E.); "Unconstitutional Acts in International Organizations: The Law and Practice of the International Civil Aviation Organization (ICAO)", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 28, 1979, p. 1 à 26.

OSIEKE (E.); "The Validity of *Ultra Vires* Decisions of International Organizations", *A.J.I.L.* 1983, p. 239 à 256.

PATERMANN (C.); "Interpretation of Some Articles of the Convention on International Liability for Damages Caused by Space Objects", *Proceedings of the Fifteenth Colloquium on the Law of Outer Space*, 1972, p. 118.

PEREZ GONZALEZ (M.); "Les organisations internationales et le droit de la responsabilité", *Revue générale de droit international public*, vol. 92, 1988, p. 63.

PERNICE (I); "Die Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitarbeiter – dargestellt am 'Fall' des internationalen Zimmrates", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 20, 1989, p. 406.

- RAJSKI (J.); "Convention on International Liability for Damage caused by Space Objects, An Important Step in the Development of International Space Law", *Proceedings of the Seventeenth Colloquium on the Law of Outer Space*, 1975, p. 245.
- REIJNEN (C. M. G.); "Position of International Organizations in the Corpus Juris Spatialis", *Proceedings of the Twentieth Colloquium on the Law of Outer Space*, 1977, p. 422.
- RITTER (J. P.); "La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale", *Annuaire français de droit international*, vol. 8, 1962, p. 427 à 456.
- SALMON (J.); "Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965", *Annuaire français de droit international*, 1965, p. 468 à 497.
- SANJOSE (G.); "Las consecuencias jurídicas de los actos *ultra vires* de las organizaciones internacionales, en particular la O.N.U.", *rev. esp. D.I.* 1990, p. 443 à 462.
- SCHERMERS (H. G.); *International Institutional Law*, 3e ed. 1995, p. 990 à 995 et 1166 à 1168.
- SCHERMERS (H. G.); "Liability of International Organizations", *Leiden Journal of International Law*, vol. 1, 1988, p. 3 à 14.
- SCHOKWEILER (F.), WIVENES (G.) et GODART (J.M.); "Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques de la CEE", *R.T.D.E.* 1990, p. 27 à 74.
- SEIDL-HOHENFELDERN (I.); "Responsibility of Member States of an International Organization for Acts of that Organization", in *International Law at the time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago (III)*, Milano, 1987, p. 415 à 428.
- SEIDL-HOHENFELDERN (I.); "Die völkerrechtliche Haftung für Handlungen internationaler Organisationen im Verhältnis zu Nichtmitgliedern", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 11, 1961, p. 467 à 506.
- SIMMONDS (R.), *Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations in the Congo*, 1968, 229 pages.
- STUART (M.); "The Non-Contractual Liability of the European Community", *Common Market Law Review*, vol. 12, 1975, p. 495.
- SZASZ (P. C.); "The United Nations Legislates to Limit its Liability", *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, p. 739 à 744.
- TOMUSCHAT (C.); "Liability for Mixed Agreements", in O' KEEFFE (D.) et SCHERMERS (H. G.) eds.; *Mixed Agreements*, Deventer, 1983, p. 125 à 132.
- TRINIDADE (C.); "Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations", *International Law Review*, vol. 57, 1979, p. 81.

DE VISSCHER (P.); "Observations sur le fondement et la mise en oeuvre du principe de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies", *Annales de droit et de sciences politiques*, vol. 23, 1963, p. 133 et *Revue de droit international et de droit comparé*, t. XL, No 2-4, p. 165 à 173.

WILLIAMS (S. M.); "Remarks on Some Aspects of Space Liability", *Proceedings of the Fourteenth Colloquium on the Law of Outer Space*, 1971, p. 274.

ZACKLIN (R.); "Responsabilité des organisations internationales" in Société française pour le droit international, Colloque du Mans, *La responsabilité dans le système international*, Pédone, Paris, 1991, p. 91 à 100.

LES EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS (Ian Brownlie)

A. Remarque générale

Cet élément, que la Commission avait mis de côté lors de ses travaux sur le droit des traités, est visé dans la clause de sauvegarde de la Convention de Vienne (art. 73). Le sujet a été examiné par l'Institut de droit international, de 1981 à 1985 : voir Annuaire, vol. 59-I (1981), vol. 59-II (1982), vol. 61-I (1985) et vol. 61-II (1986). Une résolution a été adoptée en 1985 à la session d'Helsinki.

Le sujet n'a pas fait l'objet d'une étude d'ensemble, si l'on excepte les travaux de l'Institut de droit international.

La résolution adoptée par l'Institut n'est pas exhaustive et ne rend pas pleinement compte des études pertinentes produites par le Rapporteur spécial, M. Bengt Broms. En tout état de cause, les ouvrages sur le sujet ne sont pas satisfaisants. Il s'agit à coup sûr d'un sujet idéal pour la codification et/ou le développement progressif. Il y a, d'une part, une pratique et une expérience considérables des États et, d'autre part, des éléments d'incertitude. Comme le font observer les responsables de la neuvième édition de l'ouvrage *Oppenheim's International Law* (p. 1310) : "L'effet qu'a sur la validité d'un traité le déclenchement d'hostilités entre les parties à ce traité est loin d'être réglé...".

Le droit demeure dans une grande mesure incertain. Le fait d'être passé des expressions "guerre" ou "état de guerre", comme catégories pertinentes, à celle de "conflit armé" ne s'est pas traduit par un nouveau régime juridique parvenu à maturité. La pratique des États, s'agissant des effets des conflits armés sur les traités, est variable.

Ces incertitudes concernant les sources juridiques et la pratique des États sont aggravées par l'apparition de phénomènes nouveaux, notamment des formes différentes d'occupation militaire de territoires et de nouveaux types de conflits internationaux.

Le sujet a reçu de multiples appuis au sein du Groupe de travail renforcé. La nécessité continue d'une clarification du droit dans ce domaine a été généralement reconnue.

B. Schéma

1. La définition d'un conflit armé :
 - i) Question de l'ampleur;
 - ii) Pertinence d'une déclaration de guerre;
 - iii) Effet d'une occupation militaire en l'absence d'un état de guerre.
2. La définition d'un traité aux présentes fins.

3. Une classification des traités est-elle nécessaire ?
4. La portée du droit de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application :
 - i) Ce n'est pas une conséquence *ipso facto* d'un conflit armé;
 - ii) Traités qui, par leur nature et leur but, sont applicables à l'égard d'un conflit armé;
 - iii) Les indices de prédisposition de traités bilatéraux à la suspension ou à l'extinction;
 - iv) Les indices de prédisposition de traités multilatéraux à la suspension ou à l'extinction.
5. Facteurs, autres que la nature et le but du traité considéré, affectant le droit d'y mettre fin ou d'en suspendre l'application :
 - i) L'effet de contre-mesures n'impliquant pas l'emploi de la force;
 - ii) L'incompatibilité *ex post facto* d'un traité avec le droit de légitime défense individuelle ou collective;
 - iii) L'existence de dispositions fondées sur le *jus cogens*;
 - iv) L'incompatibilité d'un traité avec des résolutions du Conseil de sécurité adoptées en vertu du Chapitre VII de la Charte.
6. Les modalités de suspension et d'extinction, ainsi que de remise en vigueur d'un traité postérieurement à sa suspension.
7. Certaines questions accessoires :
 - i) L'illicéité de l'emploi ou de la menace de la force par l'État qui met fin à un traité ou en suspend l'application;
 - ii) Les rapports du sujet avec le statut de neutralité.
8. Les rapports du sujet avec d'autres motifs d'extinction ou de suspension déjà énoncés dans la Convention de Vienne de 1969, concernant en particulier l'impossibilité d'exécution et le changement fondamental de circonstances.
9. La divisibilité des dispositions d'un traité en cas de suspension ou d'extinction.

LES RESSOURCES NATURELLES PARTAGÉES DES ÉTATS (Robert Rosenstock)

Il pourrait être utile que la Commission aborde le thème des "Ressources naturelles partagées des États", qui serait réservé à l'eau, en particulier aux eaux souterraines captives, et d'autres monostructures géologiques, par exemple le pétrole et le gaz.

Il faudrait se borner aux ressources naturelles relevant de la juridiction de deux ou plusieurs États. L'environnement en général et le patrimoine commun de l'humanité posent souvent les mêmes problèmes mais bien d'autres également.

Il ne fait aucun doute que le développement durable suppose une utilisation optimale des ressources. Le caractère limité des ressources naturelles, conjugué à l'accroissement démographique et à des aspirations nouvelles, est une menace potentielle pour la paix à moins que ne soient élaborés et appliqués des principes directeurs précis concernant les ressources naturelles partagées.

Comme le montrent les travaux relatifs aux cours d'eau et à la responsabilité internationale, la Commission du droit international est à même de produire des normes ou des principes directeurs, à supposer que soit envisagé un instrument de caractère général plutôt qu'une étude spécifique de telle ou telle ressource (par exemple : eau, pétrole et gaz, minéraux, ressources biologiques), laquelle relèverait peut-être davantage d'organes à compétence technique.

Par prudence, la Commission pourrait envisager d'associer les États et d'autres organisations intéressées, intergouvernementales et non gouvernementales, à la décision d'entreprendre ou non l'exercice. Le Secrétaire général devrait être invité à consulter les organes compétents des Nations Unies et à rendre compte de ces consultations. Il y a actuellement une profusion de projets excellents émanant, entre autres, d'organes du PNUE, auxquels trop peu d'attention a été accordée, sans parler des travaux en cours de la Commission du développement durable de l'ONU et d'autres organes. La démarche proposée permettrait de réduire le risque d'aboutir à un résultat dépourvu d'intérêt et/ou voué à rester lettre morte, et d'éviter de contribuer à ce que le Professeur E. Brown Weiss qualifie de "treaty congestion" (encombrement conventionnel). Cette proposition repose en outre sur la conviction que la Commission pourra, dans le cadre de cet exercice, tirer parti de la coopération avec d'autres organes et encourager leur participation éventuelle au plus tôt.

De plus, le fait de solliciter les observations des gouvernements et d'autres organes pour le 1er janvier de l'an 2000 pourra, *ab initio*, focaliser l'attention sur l'exercice.

Cela dit, il reste à savoir si la Commission devrait envisager d'entreprendre tout à la fois l'étude du sujet des Principes généraux du droit de l'environnement et celle d'un sujet sur les Ressources naturelles partagées.

Schéma

1. Portée - Pour mieux maîtriser et orienter les travaux, il faudrait limiter le sujet aux ressources naturelles relevant de la juridiction de deux États ou davantage. L'indivis mondial pose en grande partie les mêmes questions, mais aussi une multitude d'autres problèmes.
 2. Forme - Le point de savoir si le résultat définitif devrait prendre la forme de principes directeurs, d'une déclaration, d'une convention ou toute autre forme, devrait être tranché beaucoup plus tard; il pourrait toutefois constituer l'une des questions à poser aux gouvernements et aux autres organes consultés.
 3. Principes applicables :
 - a) L'obligation de coopérer;
 - b) L'utilisation et la participation équitables et raisonnables
 - i) facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable;
 - ii) exploitation commune;
 - iii) exemples de régimes applicables à des ressources partagées;
 - c) Prévention et réduction du risque d'un dommage significatif, procédure applicable aux cas où un dommage est causé;
 - d) Échange de données et information;
 - e) Gestion
Un mécanisme de gestion commune;
 - f) Non-discrimination.
 4. Problèmes propres aux cas où il n'existe aucune frontière (Libye-Malte).
 5. Règlement des différends.
- Possibilités supplémentaires :
6. Transfert de technologies.
 7. Mécanismes financiers.

8. Autres régimes possibles de répartition

Critères proposés pour répartir les ressources partagées entre les États sur le territoire desquels elles se trouvent et dont elles traversent les frontières.

Chacune de ces trois "possibilités supplémentaires" a probablement un caractère trop politique pour des experts indépendants; en outre, chacune est probablement trop spécifiquement liée à une situation ou à une substance donnée.

Éléments de documentation

A/RES/3129(XXVIII) ILM XVII 232

"... il est nécessaire d'assurer une coopération efficace entre les pays grâce à l'établissement de normes internationales adéquates relatives à la conservation et à l'exploitation harmonieuse des ressources naturelles communes à deux ou plusieurs États..."

UNEP/GC/44/Corr.1 et 2 et Add.1

A/RES/3281 (XXIX) ILM XIV 251

PNUE, "Projet de principes", ILM XVII 1098

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 14/6/92, A/CONF.151/5/Rev.1, 31 ILM 874 (1992)

Déclaration de Stockholm, Conférence des Nations Unies sur l'environnement

Rapport de la réunion du Groupe d'experts sur l'identification des principes du droit international pour le développement durable, UNST/DPCSD 05/B2/3 (1996)

Rapport du Groupe de travail sur le sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international".
Rapport de la CDI (1998), p. 264 et suiv.

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : mise en œuvre, rapport du Secrétaire général, E/CN.17/1997/8 (10/2/97)

L'EXPULSION DES ÉTRANGERS (Emmanuel A. Addo)

Introduction

Le droit des États d'expulser des étrangers n'a jamais été mis en doute. On reconnaît en général aux États le pouvoir d'expulser des étrangers. Ce pouvoir, à l'instar de celui qu'ils possèdent de refuser l'admission d'étrangers sur leur territoire, est réputé constituer un attribut de la souveraineté. En 1869, M. Fish, Secrétaire d'État des États-Unis d'Amérique, a fait observer ce qui suit : "l'exercice d'un contrôle sur les personnes résidant à l'intérieur de ses frontières et le droit d'expulser de son territoire les personnes qui menacent la paix et l'ordre public font manifestement partie des attributs inhérents à la souveraineté de l'État au point qu'ils ne sauraient être sérieusement contestés" (voir Whiteman's Digest, vol. 8, p. 620). Dans le traité de droit international public *Public International Law* (1968, p. 482, publié sous la direction de Sorensen), Shigeru Oda a exposé le point de vue communément partagé selon lequel :

"Le droit d'un État d'expulser à son gré les étrangers dont il juge la présence sur son territoire indésirable est, à l'instar du droit de refuser l'admission d'étrangers sur son territoire, réputé être un attribut de sa souveraineté... Chaque État peut déterminer, selon ses propres critères, les motifs d'expulsion d'un étranger. Il reste qu'il ne doit pas être fait un usage abusif du droit d'expulsion."

Ce principe est également accepté dans la doctrine. Il l'est dans les termes suivants dans la dernière édition d'Oppenheim's International Law :

"D'un autre côté, l'État jouit dans l'exercice de son droit d'expulser des étrangers d'un large pouvoir discrétionnaire, mais ce pouvoir n'est pas absolu."

(Voir Oppenheim's International Law, 9ème édition, vol. 1, p. 940.) Il se trouve donc que le droit d'expulser des étrangers, tout en relevant uniquement du droit interne, n'en subit pas moins visiblement l'influence déterminante du droit international.

Le droit international coutumier interdit à l'État, lequel est détenteur d'un large pouvoir discrétionnaire, d'expulser un étranger s'il n'y a pas suffisamment de raisons de craindre qu'un danger menace l'ordre public. Le principe de non-discrimination et l'interdiction de porter atteinte aux droits sont autant de considérations qui limitent encore l'exercice du droit d'expulsion. Il est possible que l'État qui a signé ou ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) ou des instruments à vocation régionale comme la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Convention européenne des droits de l'homme (1950) ou la Convention américaine relative aux droits de l'homme commette un fait illicite s'il procède à une expulsion qui porte atteinte aux droits de l'homme consacrés dans ces instruments.

Dans les cas où la procédure d'expulsion en soi constitue une atteinte aux droits de l'homme, l'expulsion en soi, même si elle peut être justifiée par des motifs raisonnables, serait qualifiée de contraire au droit international.

Un étranger qui a été admis sur le territoire d'un État et qui y a obtenu l'asile ne peut en être expulsé au mépris du principe de non-refoulement - principe général de droit international public posé au paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, qui interdit de refouler un réfugié qui se trouve déjà sur le territoire d'un État vers un pays où il risque d'être persécuté en raison de sa race, de ses convictions, de sa nationalité ou de ses opinions politiques.

De même, le droit international interdit expressément les expulsions collectives, en vertu de l'article 4 du Protocole No 4 à la Convention européenne des droits de l'homme de 1963, de l'article 22 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 et du paragraphe 5 de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

Champ d'application général

Définition

L'expulsion s'entend de l'arrêté par lequel le gouvernement d'un État enjoint à un étranger ou à un apatride de quitter le territoire dudit État dans un délai donné, toujours bref. Cet arrêté s'accompagne généralement de l'avis qu'il sera exécuté, au besoin par voie d'expulsion. Plus simplement, l'expulsion, c'est l'interdiction de demeurer à l'intérieur du territoire de l'État qui prend l'arrêté d'expulsion - peu importe que l'étranger visé transite par le territoire de l'État en question, y séjourne pour une brève période ou y ait établi sa résidence.

Ces situations peuvent toutefois revêtir des différences ayant quelque importance au regard de la légalité de l'expulsion dans un cas donné, compte tenu des dispositions conventionnelles qui pourraient jouer en l'occurrence.

Distinction entre expulsion et non-admission

L'expulsion diffère de la non-admission, ou du refus d'admission, en ce sens qu'il y a non-admission dans le cas où l'étranger est empêché de pénétrer sur le territoire d'un État, alors que l'expulsion vise des étrangers qui ont été à l'origine autorisés à entrer sur le territoire d'un État, voire y résider. Lorsqu'un étranger est entré illégalement sur le territoire d'un État à l'insu des autorités de celui-ci, et qu'il est par la suite expulsé, on peut s'interroger sur la question de savoir si la mesure ainsi prise par cet État constitue une expulsion ou un refus d'admission. Néanmoins, cette distinction n'entraîne pas nécessairement de différence, car dans les deux cas, le résultat, sur le plan juridique, pourrait être le même : l'expulsion par la force.

Objet de l'expulsion

Préserver l'ordre public à l'intérieur de l'État.

Il y a lieu de distinguer dans ce cas l'expulsion de l'extradition. L'extradition s'opère essentiellement dans l'intérêt de l'État requérant, alors que l'expulsion est opérée dans l'intérêt exclusif de l'État qui expulse. L'extradition nécessite absolument la coopération d'au moins deux États, alors que l'expulsion est un acte unilatéral.

Licéité de l'expulsion

Déterminer si un étranger peut ou non être expulsé licitement relève du pouvoir discrétionnaire du gouvernement de l'État qui prend l'arrêté d'expulsion.

Il se peut qu'une obligation de ne pas expulser et une obligation de motiver une expulsion découlent d'instruments internationaux, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou régionaux, comme la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention américaine relative aux droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

Si l'expulsion d'un étranger constitue une violation d'un droit, l'État dont l'étranger a la nationalité est en droit d'exercer sa protection diplomatique. Et, en faisant exécuter un arrêté d'expulsion, les États sont tenus de ne pas commettre de violations des droits de l'homme.

Expulsions collectives

1. L'expulsion d'un groupe de personnes important n'est pas en tant que telle interdite par le droit international.
2. Toutefois, elle est interdite si elle a une connotation discriminatoire ou arbitraire.
3. La Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme insistent sur l'interdiction des expulsions collectives arbitraires. Elles interdisent aussi en général la discrimination.
4. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples insiste sur l'interdiction des expulsions collectives à caractère discriminatoire. Elle renferme par ailleurs une disposition générale sur l'interdiction de l'arbitraire.
5. Le droit international relatif aux droits de l'homme interdit lui aussi les expulsions collectives en tant que mesures discriminatoires et arbitraires.

Examen de cas précis d'expulsion collective postérieurs à la Seconde Guerre mondiale

Des dispositions conventionnelles limitent les motifs pour lesquels des réfugiés ou des apatrides peuvent être expulsés. Mais ces motifs sont fréquemment ignorés lorsque des réfugiés ou des apatrides figurent au nombre des personnes faisant l'objet d'une mesure d'expulsion collective.

Travailleurs migrants

Examen et analyse :

- a) De la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

L'article 22 de la Convention reflète-t-il véritablement l'état actuel du droit international s'agissant des expulsions collectives d'étrangers, de travailleurs migrants, etc., en situation régulière ou irrégulière ?

b) Des instruments visant spécifiquement les travailleurs migrants interdisent l'expulsion arbitraire et limitent les motifs sur lesquels pareille expulsion peut se fonder.

LES RISQUES QUE POSE LA FRAGMENTATION DU DROIT
INTERNATIONAL¹
(Gerhard Hafner)

A. LE PROBLÈME

Depuis quelque temps, et en particulier depuis la fin de la guerre froide, la fragmentation du droit international s'intensifie. Si l'une de ses causes majeures réside dans la multiplication des réglementations internationales, elle tient aussi aux progrès de la fragmentation politique en même temps que de l'interdépendance, à l'échelle régionale et mondiale, dans des secteurs comme l'économie, l'environnement, l'énergie, les ressources, la santé et la prolifération d'armes de destruction massive.

On conçoit donc aisément qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de système homogène de droit international. Ainsi qu'il a été plusieurs fois relevé au cours même des débats récents de la Commission du droit international, notamment sur le sujet de la responsabilité des États, le droit international positif ne consiste pas en un unique ordre juridique homogène, mais essentiellement en différents systèmes partiels dont le résultat est "un système inorganisé".

Il s'ensuit que le système de droit international se compose de parties et d'éléments décousus qui sont structurés différemment – ce qui fait que l'on ne peut guère parler de droit international homogène². Ce système est fait de systèmes, sous-systèmes et sous-sous-systèmes universels, régionaux voire bilatéraux dont le degré d'intégration varie³.

Cet état du droit international qui résulte de l'existence de sous-systèmes juridiques distincts et décousus a sans nul doute un effet positif dans la mesure où il renforce la primauté du dans les relations internationales; néanmoins, il risque d'engendrer des frictions et des contradictions entre les diverses réglementations et même d'amener les États à devoir satisfaire

¹ La présente note a été établie avec l'assistance de Mme Isabelle Buffard et de MM. Axel Marschik et Stephan Wittich.

² Voir Raza Mooms, "*Citizens of a Wounded Earth in a Fragmented World*", dans : Gangrade K.D., Misra R.P. (dir. publ.), *Conflict Resolution through Non-Violence*, New Delhi, 1990, vol. 2, p. 11 à 23; Camilleri Joseph A., "*Fragmentation and Integration: The Future of World Politics*", dans : *ibid.*, p. 45 à 63.

³ En ce qui concerne l'intensification de la fragmentation, en particulier après la fin de la guerre froide, voir : Reisman Michael W., "International Law after the Cold War", dans : *AJIL*, vol. 84, 1990, p. 859 à 866; Fry Earl H., "Sovereignty and Federalism: U.S. and Canadian Perspectives. Challenges to Sovereignty and Governance", *Canada - United States Law Journal*, vol. 20, 1994, p. 303 à 317; Delbruck Jost, "A more Effective International Law or a New "World Law", *Indiana Law Journal*, vol. 68, 1993, p. 705 à 725.

à des obligations qui s'excluent mutuellement. Ne pouvant s'acquitter de toutes ces obligations, les États engagent inévitablement leur responsabilité internationale.

La tâche primordiale de la CDI est d'assurer la codification et le développement progressif du droit international (Art. 13 de la Charte des Nations Unies) en vue de stabiliser ce droit et, par voie de conséquence, les relations internationales. Comme la fragmentation du droit international pourrait bien mettre en péril cette stabilité, ainsi que la cohérence du droit international et son exhaustivité, s'atteler à ces problèmes relèverait de la mission assignée à la CDI. Partant, la Commission devrait rechercher les moyens de parer aux effets préjudiciables que cette fragmentation peut avoir. Elle est déjà dotée, on le verra, des outils nécessaires à cette fin.

Quelques exemples illustreront les risques que pourrait comporter cette situation du droit international positif.

B. QUELQUES EXEMPLES

1. La Charte des Nations Unies et les autres obligations du droit international

On peut trouver un exemple frappant dans le cas de figure suivant : le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, qui n'est lié que par la Charte des Nations Unies, demande à un État de prendre certaines mesures qui ne sont pas conformes aux obligations que les conventions relatives aux droits de l'homme imposent à cet État. L'Article 103 de la Charte, qui consacre la prééminence des obligations qu'elle énonce sur celles qui découlent de tout autre traité, prive l'État en question du droit d'invoquer ces conventions, indépendamment du fait que le particulier intéressé peut saisir les organes compétents en matière de droits de l'homme. Pour ce qui est du critère de la protection des droits de l'homme, la comparaison des garanties de procédure exposées dans le Statut du TPIY⁴ (y compris le règlement de procédure et de preuve) avec les critères généralement admis d'un procès équitable, et en particulier ceux que consacre le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, révèle deux graves lacunes dans le Statut⁵ : d'une part, celui-ci ne renferme aucune disposition garantissant sans ambiguïté le principe *nullum crimen sine lege*, d'autre part, on n'y trouve pas de disposition explicite sur le principe *non bis in idem*. C'est ainsi que, si un État partie au Pacte défère à une demande du Tribunal et que celui-ci ne respecte pas l'une des règles fondamentales d'un procès équitable, l'État devra manquer aux obligations dont il est tenu envers le particulier considéré en vertu du Pacte. Qui plus est, si l'intéressé saisit l'organe de suivi compétent, celui-ci devra se borner à

⁴ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

⁵ A. Reinisch, "*Das Jugoslawien-Tribunal der Vereinten Nationen und die Verfahrensgarantien des II. VN-Menschenrechtspaktes. Ein Beitrag zur Frage der Bindung der Vereinten Nationen an nicht-ratifiziertes Vertragsrecht*", *ÖZÖRV* 47 (1995), p. 177 à 182. L'hypothèse mentionnée dans le texte ne préjuge en rien le problème analysé par Reinisch, c'est-à-dire la question de savoir si le Tribunal est lié par un traité ou par le droit coutumier.

examiner si l'État a ou non violé le Pacte. Il ne sera pas compétent pour examiner les obligations découlant de la demande du Tribunal et, en définitive, de la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité. Le droit international en vigueur ne fournit aucune indication claire pour résoudre ce problème⁶.

2. Immunité et obligations en matière de droits de l'homme

De même, la question s'est déjà posée de savoir si les États parties peuvent exciper devant l'organe de suivi compétent d'une immunité fondée sur des accords internationaux ou sur le droit international général pour se soustraire aux obligations qui leur incombent en vertu de l'instrument relatif aux droits de l'homme considéré. Dans une affaire récente, la Commission européenne des droits de l'homme a considéré que l'immunité de juridiction accordée aux organisations internationales ou aux membres des missions diplomatiques ou consulaires d'États étrangers ne saurait délimiter le contenu même des droits substantiels en droit interne. Elle a dit notamment qu'il serait contraire au paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷ de conférer à de larges groupes ou catégories de personnes l'immunité en matière de responsabilité civile. Elle n'en a pas moins conclu qu'il n'y avait pas eu en l'espèce violation du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention, parce qu'il était permis de considérer qu'un lien de proportionnalité raisonnable existait entre les règles relatives à l'immunité internationale et les buts légitimes de l'Agence spatiale européenne (ASE) en tant qu'organisation internationale⁸. La Cour européenne des droits de l'homme est parvenue à la même conclusion⁹.

⁶ Voir G. Hafner, "Should One Fear the Proliferation of Mechanisms for the Peaceful Settlement of Disputes?", dans *The Settlement of Disputes between States: Universal and European Perspectives*, L. Caflisch (dir. publ.), 1998, p. 25 à 41; voir aussi le colloque sur le thème "Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle", *NYU Journal of International Law and Politics* 31 (1999), p. 679 à 970.

⁷ Commission européenne des droits de l'homme, requête No 26083/94 *Richard Waite et Terry Kennedy c. Allemagne*, rapport de la Commission adopté le 2 décembre 1997, par. 53 et 54. Voir également *Beer et Regan c. Allemagne*, requête No 28934/95, rapport de la Commission adopté le 2 décembre 1997.

⁸ Voir I. Seidl-Hohenveldern, "Functional Immunity of International Organizations and Human Rights" dans *Development and Developing International and European Law, Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th Birthday* (sous la direction de W. Benedek, H. Isak et R. Kicker), 1999, p. 137 à 149.

⁹ Affaire *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999, par. 73; affaire *Beer et Regan c. Allemagne*, même date : "Eu égard en particulier aux autres voies de droit qui s'offraient aux requérants, on ne saurait dire que les restrictions de l'accès aux juridictions allemandes pour régler le différend des intéressés avec l'ASE aient porté atteinte à la substance même de leur

Les organes relevant de la Convention européenne des droits de l'homme ont en même temps déclaré qu'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 en considération des immunités¹⁰.

3. La réglementation internationale du commerce international et la réglementation internationale de l'environnement

On pourrait encore trouver un autre exemple de ce genre dans les relations entre les réglementations internationales régissant le commerce international et celles qui concernent la protection de l'environnement et le développement durable¹¹. Tandis que le régime de commerce international établi par l'OMC vise notamment à la "réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce"¹² et interdit les restrictions quantitatives¹³, certaines conventions relatives à l'environnement font appel à des mesures commerciales pour assurer leur application effective¹⁴. Cela peut être la source de certaines tensions entre les différentes normes du droit international.

'droit à un tribunal' ou qu'elles aient été disproportionnées sous l'angle de l'article 6, par. 1, de la Convention".

¹⁰ Ibid., par. 67. Dans l'opinion dissidente qu'ils ont jointe au rapport sur l'affaire *Richard Waite et Terry Kennedy c. Allemagne*, 15 membres de la Commission européenne des droits de l'homme disent que les immunités des organisations internationales ne sauraient être réputées constituer une sorte d'exception générale non écrite au champ d'application de la Convention.

¹¹ Voir par exemple les travaux menés par le Groupe sur les mesures relatives à l'environnement et le commerce international du GATT (devenu le Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC) ou le Comité d'experts sur le commerce et l'environnement de l'OCDE; voir également C. Stevens, OECD Trade and Environment Programme, 1 RECIEL (1992), p. 65 et suiv.; document du PNUE UNEP/GC.20/INF/16, du 19 janvier 1999, Study on Dispute Avoidance and Dispute Settlement in International Environmental Law, Ch. IV.B.1.a, p. 56 et suiv.

¹² Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, préambule, al. 3, reproduit dans Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay - Textes juridiques (1994), OMC, p. 512 et suiv.

¹³ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, art. XI.

¹⁴ Voir GATT, Le commerce international 1990-91, vol. I (1992), p. 45 et suiv. Dans cette étude, 17 conventions relatives à l'environnement prévoyant des dispositions d'ordre commercial à des fins de protection de l'environnement sont énumérées; la liste comprend notamment la Convention de 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), le Protocole de Montréal de 1987 relatif à des substances

4. Réglementation internationale de la radiodiffusion

Les diverses tentatives pour réglementer la radiodiffusion par satellite constituent un autre exemple frappant : d'une part, l'Union internationale des télécommunications (UIT) a cherché à résoudre ce problème dans le cadre de la Conférence administrative mondiale des radiocommunications en 1977; d'autre part, l'UNESCO est intervenue avec sa "Déclaration des principes directeurs de l'utilisation de la radiodiffusion par satellites pour la libre circulation de l'information, l'extension de l'éducation et le développement des échanges culturels" adoptée en 1972; enfin, la question a été débattue au Sous-Comité juridique du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, qui a élaboré le texte final de la déclaration régissant ces activités¹⁵. Certains doutes, néanmoins, quant à la compatibilité de ces principes avec la réglementation pertinente élaborée sous les auspices de l'UIT n'ont à ce jour pas encore été totalement dissipés.

5. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les traités internationaux en matière de pêcheries

Une affaire portée récemment devant le Tribunal international du droit de la mer illustre les problèmes que soulève l'applicabilité à une affaire donnée de plus d'une réglementation. Dans l'affaire relative à certaines activités menées par le Japon touchant le thon rouge dans le Pacifique Sud, la question s'est posée de savoir s'il fallait recourir au mécanisme de règlement des différends prévu dans la Convention de 1993 relative à la conservation du thon rouge du sud, ou à celui de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. À la majorité, le Tribunal a décidé ce qui suit :

"55. Considérant que, de l'avis du Tribunal, le fait que la Convention de 1993 s'applique entre les Parties n'exclut pas le recours aux procédures visées dans la partie XV, section 2, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer."

Sans contester la justesse de la constatation du Tribunal, le seul fait que cette question ait été posée devant le Tribunal prouve amplement que le droit international général en vigueur ne règle pas clairement la priorité en cas de conflit d'obligations conventionnelles. Il faut par conséquent des mécanismes juridiques clairs pour garantir l'harmonie des règles.

qui appauvrissent la couche d'ozone et la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination.

¹⁵ Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, Résolution 27/92 de l'Assemblée générale, datée du 10 décembre 1982.

C. LES CAUSES

Cette fragmentation du droit international a été engendrée par une multitude de facteurs créant en son sein des strates et des sous-systèmes différents qui pourraient se contrarier.

1. Absence d'organes centralisés

Le droit international est fragmenté par nature, parce que c'est un droit de coordination et non de subordination, mais aussi parce qu'il n'y a pas d'institutions centralisées pour assurer l'homogénéité et la conformité des régimes juridiques.

2. Spécialisation

Selon Brownlie, c'est la fragmentation due à la spécialisation qui menace le plus dangereusement la cohérence du droit international¹⁶, et il cite à cet égard les droits de l'homme, le droit de la mer, le droit du développement et le droit de l'environnement. On aboutit ainsi à une "autonomie" de chaque domaine qui produit d'étranges résultats (les spécialistes de l'environnement se désintéressant de la responsabilité des États, les défenseurs des droits de l'homme ignorant les règles relatives au traitement des étrangers, et ainsi de suite). D'où deux dangers majeurs pour l'unité du droit international : une spécialisation désordonnée et des divisions politiques sur certaines questions (en particulier suivant la ligne de fracture Nord/Sud).

3. Des structures différentes

Cette tendance est accentuée par l'existence de différentes structures juridiques. Le droit international positif connaît au moins trois structures juridiques différentes : 1) le droit international classique, consistant essentiellement en normes synallagmatiques, c'est-à-dire créatrices de relations bilatérales réciproques entre États, qui aboutit à la division de l'ordre juridique universel en relations juridiques bilatérales; 2) avec l'évolution du droit international ont été imposés aux États des devoirs envers les particuliers, par exemple par les normes relatives à la protection des droits de l'homme, ou 3) des devoirs envers la communauté des États en tant qu'ils participent à un système juridique donné.

4. Des réglementations parallèles

L'unité du droit international est en outre menacée par l'existence de réglementations parallèles au niveau universel ou régional d'une même matière. L'utilisation des cours d'eau internationaux, par exemple, est régie notamment par une convention des Nations Unies

¹⁶ Brownlie I., "Problems concerning the Unity of International Law", dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I (Università di Genova, Istituto di Diritto Internazionale e della Navigazione della Facoltà di Giurisprudenza, Giuffrè Milano, éd., 1987), p. 156.

d'application universelle, la Convention de 1998 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹⁷, à laquelle fait pendant la Convention

¹⁷ Voir les articles pertinents de la Convention :

"Article 3

Accords de cours d'eau

1. À moins que les États du cours d'eau n'en soient convenus autrement, la présente Convention ne modifie en rien les droits ou obligations résultant pour ces États d'accords en vigueur à la date à laquelle ils sont devenus parties à la présente Convention.
2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les Parties à des accords visés au paragraphe 1 peuvent, si besoin est, envisager de mettre lesdits accords en harmonie avec les principes fondamentaux de la présente Convention.
3. Les États du cours d'eau peuvent conclure un ou plusieurs accords, ci-après dénommés 'accords de cours d'eau', qui appliquent et adaptent les dispositions de la présente Convention aux caractéristiques et aux utilisations d'un cours d'eau international particulier ou d'une partie d'un tel cours d'eau.
4. Lorsqu'un accord de cours d'eau est conclu entre deux ou plusieurs États du cours d'eau, il doit définir les eaux auxquelles il s'applique. Un tel accord peut être conclu pour un cours d'eau international tout entier, ou pour une partie quelconque d'un tel cours d'eau, ou pour un projet ou un programme particulier, ou pour une utilisation particulière, dans la mesure où cet accord ne porte pas atteinte, de façon significative, à l'utilisation des eaux du cours d'eau par un ou plusieurs États du cours d'eau sans le consentement exprès de cet État ou ces États.
5. Lorsqu'un État du cours d'eau estime qu'il faudrait adapter et appliquer les dispositions de la présente Convention en raison des caractéristiques et des utilisations d'un cours d'eau international particulier, les États du cours d'eau se consultent en vue de négocier de bonne foi dans le but de conclure un accord ou des accords de cours d'eau.
6. Lorsque certains États du cours d'eau d'un cours d'eau international particulier, mais non pas tous, sont parties à un accord, aucune disposition de cet accord ne porte atteinte aux droits et obligations qui découlent de la présente Convention pour les États du cours d'eau qui n'y sont pas parties.

européenne de 1972 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux élaborée par la CEE, toutes deux devant être combinées avec d'autres, visant un cours d'eau précis comme le Rhin ou le Danube. La plupart du temps, la question de l'instrument applicable dans un cas donné est réglée par référence aux dispositions des traités qui donnent la priorité à l'application de l'instrument le plus spécifique et à la règle de la *lex specialis*. Il reste que même ces mécanismes juridiques ne permettent pas toujours de régler les problèmes, en particulier si des États non riverains sont en cause. En outre, très souvent les dispositions qui régissent l'ordre de priorité des instruments ne se prêtent pas à une interprétation claire. Il en est ainsi, par exemple, d'une clause analogue de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, à savoir l'article 132, qui préserve les accords prévoyant l'octroi de facilités de transit plus étendues que la Convention : pour pouvoir décider si un certain accord demeure applicable, il faut au préalable mesurer le champ d'application des facilités de transit considérées.

5. Des réglementations concurrentes

Sur un plan général, la situation actuelle pourrait provenir aussi de ce que des régimes juridiques différents ont été élaborés dans le cadre de différents organes internationaux de négociation, visant en chaque cas les mêmes États. Il suffit de relever la concurrence qui existe entre les réglementations de certaines activités relatives à l'espace (par exemple, répartition des fréquences et/ou utilisation commune) du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique de l'ONU et de l'UIT (l'un et l'autre ont déjà tenté d'harmoniser leurs approches respectives sur cette question). Des conflits analogues surgissent entre les régimes applicables respectivement aux questions commerciales et à la protection de l'environnement. La situation est encore pire dans le domaine de l'environnement, où différents organes internationaux s'efforcent de promouvoir l'élaboration de régimes appropriés : d'où la coexistence, même dans ce seul domaine du droit international, des conventions sur la lutte contre la désertification, sur les changements climatiques et sur la couche d'ozone.

Article 4

Parties aux accords de cours d'eau

1. Tout État du cours d'eau a le droit de participer à la négociation de tout accord de cours d'eau qui s'applique au cours d'eau international tout entier et de devenir partie à un tel accord, ainsi que de participer à toutes consultations appropriées.
2. Un État du cours d'eau dont l'utilisation du cours d'eau international risque d'être affectée de façon significative par la mise en œuvre d'un éventuel accord de cours d'eau ne s'appliquant qu'à une partie du cours d'eau, ou à un projet ou programme particulier, ou à une utilisation particulière, a le droit de participer à des consultations sur cet accord et, le cas échéant, à sa négociation de bonne foi afin d'y devenir partie, dans la mesure où son utilisation du cours d'eau en serait affectée."

6. Élargissement du champ d'application du droit international

Sur un plan encore plus général, cette fragmentation du droit international tient, selon P. M. Dupuy, à l'élargissement du champ d'application matériel du droit international, à la multiplication des acteurs et aux efforts faits pour améliorer l'efficacité des obligations internationales publiques avec la conception de mécanismes de "suivi" conventionnels très élaborés, en particulier dans les domaines des droits de l'homme, du droit international économique, du droit international du commerce et du droit international de l'environnement¹⁸. C'est ce que confirment Sergio Salinas Alcega et Carmen Tirado Robles, pour qui cette fragmentation est la conséquence de l'expansion des matières régies par le droit international, de l'institutionnalisation progressive de la société internationale et de l'existence de réglementations parallèles¹⁹.

Le processus d'expansion du droit international s'accompagne, ainsi que le note Shaw, d'une augmentation des difficultés rencontrées et d'une multiplication des participants au système²⁰ comme des différences qui les séparent. On ne saurait dire que les États appliquent généralement le droit international²¹ : ils appliquent certaines règles dans un cas donné en rapport avec une certaine autre matière ou un groupe de matières de droit international. Dès 1928, le Gouvernement britannique critiquait les traités d'arbitrage généraux au motif que chaque État peut être disposé à accepter vis-à-vis de tel État des obligations qu'il n'est pas prêt à accepter envers un autre État²². Cette désintégration du droit international est encore aggravée par la disparité des cultures juridiques et politiques auxquelles adhèrent les États²³ et par l'amenuisement du socle de valeurs universellement partagées.

¹⁸ P. M. Dupuy, "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice", *Journal of International Law and Politics*, 31 (1999), p. 791.

¹⁹ Sergio Salinas Alcega, Carmen Tirado Robles, *Adaptabilidad Y Fragmentación del Derecho Internacional: La Crisis De La Sectorialización*, Zaragoza, 1999, 161.

²⁰ M. N. Shaw, *International Law*, 39.

²¹ Ford Christopher A., "Judicial Discretion in International Jurisprudence: Article 38 (2) c) and "General Principles of Law", *Duke J Comp and Int'l Law* vol. 5, 1994, p. 35 à 86 (77).

²² *Ibid.*, p. 196.

²³ Voir Franck Thomas M., "Legitimacy in the International System", *AJIL*, vol. 82, 1988, p. 705 à 759 (706), pour qui la légitimité est perçue à un degré qui varie d'une règle à l'autre et de temps à autre.

7. Des régimes différents pour les règles secondaires

L'évolution des 30 dernières années a cependant montré que la simple existence d'une multitude de règles primaires ne se traduit pas automatiquement par une amélioration de la coopération internationale ou régionale. De fait, l'accroissement du nombre des règles primaires internationales a même entraîné de plus en plus de problèmes dans la mise en œuvre des normes.

Pour éviter les conflits qui peuvent en résulter, les États ont décidé d'adjoindre aux règles primaires des règles secondaires spéciales destinées à l'emporter sur les règles secondaires du droit international général²⁴. Ces règles secondaires spéciales devraient permettre de faire en sorte que les règles primaires soient respectées, qu'elles soient bien administrées et qu'il soit répondu comme il se doit à leurs violations²⁵.

Les juridictions internationales ont aussi étudié ce problème, en s'attachant généralement à la question de la primauté des règles secondaires spéciales des sous-systèmes sur les règles secondaires du droit international général²⁶.

Alors qu'il est possible d'essayer de résoudre les conflits de règles primaires en faisant appel aux règles secondaires générales de la *lex specialis* ou de la *lex posterior*, tel n'est pas toujours le cas lorsqu'il s'agit des sous-systèmes : chaque sous-système prétend être la *lex specialis* et applique ses propres règles, sans tenir compte d'un autre sous-système. La pratique montre que deux sous-systèmes qui se chevauchent peuvent exiger des mesures contradictoires. Dans ce cas, l'État considéré doit opter pour un sous-système et transgresser l'autre. On en revient alors au dilemme initial, c'est-à-dire à la situation dans laquelle les États doivent choisir

²⁴ Brownlie, *State Responsibility I* (1983), 1; Jennings, "The Judicial Enforcement of International Obligations", *ZaöRV* 47 (1987), 16; White, "Legal Consequences of Wrongful Acts in International Economic Law", *NYIL* 16 (1985), 172; Zemanek, "The Unilateral Enforcement of International Obligations", *ZaöRV* 47 (1987). Pour la relation entre le droit international général et les sous-systèmes et pour d'autres références, voir A. Marschik, *Subsysteme im Völkerrecht – Ist die Europäische Union ein "self-contained regime"?* (1997). La question de savoir si la "prééminence" peut aller jusqu'à exclure l'application des règles secondaires du droit international général est au cœur de la controverse sur les "régimes autonomes"; voir Simma, "Self-Contained Regimes", 16 *NYIL* (1985).

²⁵ Sorensen, "Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organizations in the World Legal Order", *ICLQ* 32 (1983), 575.

²⁶ Voir en particulier l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *CIJ Recueil* 1980, par. 83 et 85 à 87. Voir également les affaires : *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *CIJ Recueil* 1970, par. 36, 62 et 90; *Elettronica Sicula S.p.A. (Elsi)*, *CIJ Recueil* 1989, par. 50; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *CIJ Recueil* 1986, par. 267 et 274.

eux-mêmes les règles qu'ils respectent. Comme les sous-systèmes font de plus en plus intervenir les particuliers, en leur conférant des droits, substantiels et procéduraux, voire, dans certains cas, des obligations, le problème concerne aussi les parties privées.

D. L'EFFET : LA FIABILITÉ ET LA CRÉDIBILITÉ DU DROIT INTERNATIONAL EN PÉRIL

La désintégration de l'ordre juridique est de nature à mettre à mal l'autorité du droit international. On pourrait douter que le droit international soit encore capable d'atteindre l'un de ses principaux objectifs, la prévention des différends et la stabilisation des relations internationales, et donc de remplir sa véritable fonction de droit. Sa crédibilité, sa fiabilité et du même coup son autorité s'en trouveraient compromises. L'effet serait différent selon qu'il s'agit des règles primaires ou des règles secondaires.

1. Droit matériel (règles primaires)

Pour ce qui est du droit matériel (au sens de règles primaires), on se trouve à présent devant des régimes différents se rapportant à la même question.

À cet égard, des régimes juridiques de portée assez générale se trouvent souvent en concurrence avec des régimes plus spécialisés, et les contradictions éventuelles ne peuvent être surmontées que par le recours à des règles comme celle de la *lex specialis*. Il reste que, même lorsque le régime le plus général renferme des dispositions fixant le rang de priorité des règles (en prévoyant par exemple que les dispositions générales ont priorité sur les dispositions spéciales), il est souvent assez difficile de déterminer avec précision quelle règle doit l'emporter ou être appliquée dans un cas concret.

Quels que puissent être les mérites des réglementations régionales et sous-régionales pour régler des différends ou des conflits régionaux, on a aussi noté que "la diversité foncière des nations et la tendance au régionalisme, même dans des domaines comme celui des droits de l'homme où il apparaîtrait que des valeurs universelles soient en jeu, font naître des tensions importantes sur le plan du droit international, allant même jusqu'à remettre en question sa prétention à l'"universalité". On a également fait observer que "la défense des intérêts catégoriels et le régionalisme sont de puissants instruments de coopération internationale mais ne sont peut-être pas un bienfait sans mélange pour le développement du droit international".

Comme l'ont démontré plusieurs cas concrets, la diversité des réglementations applicables oblige à échaufauder une argumentation complexe pour déterminer laquelle d'entre elles doit s'appliquer, elle pourrait bien même donner lieu à des conflits supplémentaires au lieu d'aider à résoudre les conflits existants. Les aspects positifs de la pluralité ne sauraient faire oublier qu'elle est appelée dans une certaine mesure à exercer un effet préjudiciable.

2. Règles secondaires

Sur le chapitre des règles de procédures visant à assurer le respect du droit international, la fragmentation est encore plus évidente. De sérieux problèmes se posent lorsqu'un État a

la faculté de recourir à différents mécanismes d'exécution (depuis les mécanismes de règlement des différends jusqu'aux mécanismes visant à assurer le respect des instruments) pour un seul et même incident. Étant donné que la plupart des mécanismes, et en particulier les organes de suivi des traités (mais pas, par exemple, la CIJ), doivent s'en tenir à leur propre droit matériel pour fonder l'évaluation juridique du différend, l'État pourrait alors recourir au mécanisme qui correspond le mieux à ses propres intérêts. Cette possibilité crée le risque de solutions divergentes, situation qui pourrait certainement saper l'autorité et la crédibilité de ces instruments et du droit international.

La diversité tend à entretenir, sinon à renforcer, la désintégration du droit international et du système international dans son ensemble. Chacun des organes en question se considère comme tenu avant tout d'appliquer uniquement son propre système ou sous-système de règles, ce qui amènera les États à s'adresser à l'organe dont ils peuvent attendre un règlement qui leur sera favorable ("course au mieux-disant judiciaire"²⁷)²⁸. Mais le règlement auquel aboutirait l'un de ces organes n'aurait qu'un effet relatif, car le différend ne serait résolu que dans le cadre d'un système donné, et pas nécessairement dans le cadre d'un autre ni aux fins du système universel, ce qui pourrait contrarier toute tendance à l'homogénéisation du droit international et du système international et ajouter à l'incertitude quant aux règles à appliquer à un cas donné.

Cette "dispersion" de l'activité judiciaire au sens large est encore accentuée par le manque d'information mutuelle, car il peut être difficile pour une institution de connaître toutes les ramifications de la jurisprudence d'un autre organe, en particulier si son activité n'est pas portée à la connaissance du public mais gardée secrète²⁹.

Un ancien Président de la CIJ, parlant des effets de la fragmentation dans le domaine des règles secondaires, c'est-à-dire dans le système de règlement pacifique des différends où la multitude des juridictions et autres institutions similaires ne présentait pas que des avantages mais pouvait aussi finalement constituer un risque pour l'homogénéité du droit international, s'exprimait en ces termes :

²⁷ Cette expression est toutefois plutôt utilisée dans le domaine du droit international privé; voir Baron Roger M., "Child Custody Jurisdiction" *S.D.L. REV.*, vol. 38, 1993, p. 479 à 498 (492); Borchers Patrick J., "Forum Selection Agreements in the Federal Courts after Carnival Cruise: A proposal for Congressional Reform", *Wash. L. Rev.*, vol. 67, 1992, p. 55 à 111 (96).

²⁸ Cette "course au mieux-disant judiciaire" peut être l'occasion pour les États de choisir non seulement la juridiction qui leur sera le plus favorable, mais aussi celle qui leur coûtera le moins cher.

²⁹ C'est courant dans le cas de l'arbitrage, où la sentence est seule publiée, et non les débats.

"L'apparition sur la scène internationale d'autres acteurs que les États, qui pèsent eux aussi sur les processus d'élaboration et d'application du droit international, est un facteur qui, parmi d'autres, a favorisé la création de juridictions internationales spécialisées. Cette évolution ... confère au droit international davantage d'efficacité, en dotant les obligations juridiques des moyens de leur détermination et de leur exécution. La crainte que la prolifération des juridictions internationales n'engendre, parmi celles-ci, des conflits importants et ne vide entièrement le rôle de la Cour ne s'est pas vérifiée, en tout cas pas encore."

D'autres facteurs d'incertitude concernant la réglementation applicable aggravent encore cette situation. On assiste actuellement à une transformation du droit international, en ce sens que l'accent n'est plus mis sur l'élaboration d'un droit positif à caractère général, mais davantage sur des régimes spéciaux et le droit régissant leur application (dispositions visant à éviter les différends et mécanismes de règlement des différends).

E. L'URGENCE

Les exemples précités montrent combien il importe de s'occuper de cette question.

Bien que la Convention de Vienne sur le droit des traités fournisse certaines règles fondamentales sur cette question de priorité et la situation des traités successifs relatifs au même objet, on pourrait douter qu'elles soient satisfaisantes (voir, par exemple, la question de la *lex specialis*).

En ce qui concerne les conflits entre normes conventionnelles, une solution pourrait en fait être fournie par la Convention de Vienne sur le droit des traités (voir les articles 30, 40, 41 et 59), et en particulier son article 30³⁰. Toutefois, cette disposition ne reflète que le principe général *lex posterior derogat priori*, mais pas celui de la spécialité (*lex specialis derogat generali* ou *in toto iure genus per speciem derogatur*). En outre, il est généralement admis que la Convention n'offre pas de solution au problème des obligations contradictoires qu'un État peut avoir vis-à-vis de différents autres sujets du droit international. En pareil cas, l'État lié par l'obligation doit nécessairement assumer sa responsabilité internationale. Les seules règles de portée plus générale qui déterminent clairement la priorité d'un régime sont l'Article 103 de la Charte et les normes impératives (pour autant qu'elles puissent être définies).

³⁰ L'article 30 est libellé comme suit :

"Application de traités successifs portant sur la même matière

1. Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des États parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.

Une autre façon de résoudre ce problème pourrait consister à introduire dans le traité des dispositions explicites pour régler la question d'un conflit possible avec d'autres traités, mais cette solution présente au moins deux inconvénients : d'une part, elle ne peut devenir applicable que si les États concernés sont parties à tous les traités pertinents, d'autre part, les États ne connaissent pas toujours les liens juridiques précis qui peuvent exister entre plusieurs traités ou gardent le silence sur leur rang de priorité.

Vu l'intégration de fait croissante de la communauté mondiale et, par ailleurs, la prolifération des sous-systèmes, il y a tout lieu de croire qu'il sera de plus en plus nécessaire de prendre des mesures pour assurer l'unité de l'ordre juridique international.

D'où la nécessité, d'abord, de prendre conscience de cette situation et de cette tendance et de mettre en évidence les différents problèmes qui en résultent et pour lesquels il n'existe pas de solutions juridiques satisfaisantes. Ce n'est qu'en s'appuyant sur une telle analyse de la situation et des problèmes que l'on pourra tenter de trouver la solution juridique indispensable.

F. LA SOLUTION ENVISAGÉE

2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur :

a) dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3;

b) dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.

5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60, ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité."

F. LA SOLUTION ENVISAGÉE

La solution de ce problème particulier ne relève pas d'une réglementation, du moins pas pour l'instant.

Le Président Schwebel avait déjà proposé certains moyens de parer au risque de fragmentation :

"Cela étant, il serait peut-être bon, pour réduire le risque d'interprétations contradictoires du droit international, d'habiliter les autres juridictions internationales à demander des avis consultatifs à la Cour internationale de Justice sur les points de droit international que peuvent soulever les affaires dont elles sont saisies et qui sont importants pour l'unité du droit international."

D'autres auteurs ont eux aussi évoqué la possibilité de conférer à la Cour internationale de Justice une sorte de pouvoir de contrôle pour assurer la cohérence et l'harmonie de l'ordre juridique international. Toutefois, il faut se souvenir, d'une part, que la CIJ ne possède pas actuellement cette compétence et, d'autre part, que cette solution ne pourrait s'appliquer qu'après coup, c'est-à-dire après la survenue d'un conflit.

La CDI pourrait se charger de mieux faire prendre conscience aux États – qui sont et demeurent les principaux auteurs des règles internationales – de ce problème, afin qu'ils puissent en tenir compte au cours de l'élaboration de nouveaux régimes. Elle pourrait élaborer certains principes directeurs pour traiter la question de la compatibilité de régimes différents : les conclusions qu'elle a déjà adoptées au sujet des réserves pourraient constituer un modèle utile à cet égard.

Dans un premier temps, les travaux de la Commission sur ce chapitre pourraient s'orienter dans trois directions, séparées ou combinées : établissement d'un rapport, compilation de documents et formulation de propositions pour un travail pratique "préventif" de la Commission.

1. Rapport

La Commission pourrait élaborer un rapport dans lequel elle signalerait et définirait les différents problèmes en vue de sensibiliser les États à cette question.

À cet égard, le secrétariat a déjà appelé l'attention sur deux cas qui pourraient servir de précédents :

"6. Jusqu'à présent, et sauf dans deux cas, le résultat des travaux de la Commission sur les sujets qu'elle a étudiés ont pris la forme de projets d'articles destinés à être adoptés comme conventions, modèles de règles, déclarations, etc. Les deux exceptions ont concerné les travaux de la Commission sur des questions liées aux traités. Dans ces deux cas, la Commission a examiné un sujet déterminé sous la forme d'une étude assortie de conclusions et reproduite dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

7. La première exception était en 1950. L'Assemblée générale, par la résolution 478 v), a invité la Commission à étudier, au cours de ses travaux sur la codification du droit des traités, la question des réserves aux conventions multilatérales aux deux points de vue de la codification et du développement progressif du droit international, et à présenter un rapport à l'Assemblée générale à sa sixième session en 1951. En exprimant cette demande, l'Assemblée générale visait à donner des indications concernant les réserves au Secrétaire général des Nations Unies en tant que dépositaire de traités multilatéraux.

8. En application de cette résolution, la Commission a examiné par priorité, au cours de sa troisième session, la question des réserves aux conventions multilatérales. Elle était saisie d'un 'Rapport sur les réserves aux conventions multilatérales' (A/CN.4/41) présenté par M. Brierly, Rapporteur spécial sur la question du droit des traités, et de mémorandums soumis par M. Amado (A/CN.4/L.9 et Corr.1) et par M. Scelle (A/CN.4/L.14). La Commission a axé le débat sur le rapport de M. Brierly qu'elle a examiné en plénière, paragraphe par paragraphe. Ce rapport a été finalement adopté avec plusieurs modifications et a été inclus dans le Rapport de la Commission à l'Assemblée générale³¹. Le rapport était aussi accompagné de six conclusions de la Commission sur le sujet.

9. La deuxième exception était en 1962. Par la résolution 1766 (XVII) du 20 novembre 1962, l'Assemblée générale a prié la Commission du droit international d'étudier la question de la participation de nouveaux États à certains traités multilatéraux généraux conclus sous les auspices de la Société des Nations, aux termes desquels le Conseil de la Société des Nations était habilité à inviter de nouveaux États à devenir parties mais auxquels des États qui n'avaient pas reçu une telle invitation du Conseil de la Société des Nations avant la dissolution de celle-ci ne pouvaient devenir parties, faute d'y avoir été invités. Ce problème avait, à l'origine, été signalé à l'attention de l'Assemblée par la Commission du droit international³².

10. La Commission a examiné ce rapport au cours de deux séances plénières et, après l'avoir adopté avec quelques modifications, l'a également inclus dans son rapport à l'Assemblée générale. Comme dans le cas précédent, le rapport de la Commission à l'Assemblée générale était accompagné d'un certain nombre de conclusions."

Le secrétariat conclut en conséquence que :

"Rien, dans le Statut ou dans la pratique de la Commission, n'empêcherait celle-ci d'élaborer initialement une étude sur des questions juridiques représentant, selon elle, une contribution à la codification et au développement progressif du droit international, sous une forme autre que celle de textes de projets d'articles. Dans deux cas, la Commission,

³¹ Rapport de la CDI, 1951 (A/1858), p. 3 à 9.

³² *Annuaire* ..., 1963, vol. II, p. 227 à 234.

à la demande de l'Assemblée générale, a élaboré des études assorties de conclusions. Dans ces deux cas, les travaux ont eu un caractère pratique et ont fourni des orientations aux États et aux dépositaires des traités multilatéraux. Toutefois, la Commission a effectivement toujours informé l'Assemblée générale de son intention d'entreprendre l'étude d'un sujet."

Le rapport établi sur la base de ces précédents pourrait revêtir deux formes :

- a) il pourrait consister surtout en un ensemble d'énoncés de droit et de principes, sur le modèle du rapport de 1951 concernant les réserves aux traités, que la Commission pourrait examiner paragraphe par paragraphe et modifier si nécessaire;
- b) il pourrait aussi prendre la forme d'un rapport classique qui serait examiné soit au sein de la Commission, soit dans le cadre d'un groupe de travail dont la Commission noterait ensuite les conclusions.

Les deux versions pourraient ensuite être soumises à l'Assemblée générale, soit en tant que rapport distinct adopté par la Commission, soit en tant qu'annexe du rapport de la Commission à l'Assemblée.

2. Compilation de documents

La Commission pourrait essayer d'illustrer le sujet en réunissant des documents pertinents sur certaines questions et l'insuffisance de l'ordre juridique international pour traiter le problème. Il pourrait également être rendu compte de ce travail dans un rapport qui, cependant, ne contiendrait pas de conclusions, mais se bornerait à attirer l'attention sur la grande diversité des réglementations juridiques régissant ces situations et sensibiliserait ainsi les États aux risques découlant de ce problème.

3. Travail pratique "préventif" de la Commission

En se fondant sur l'article 17 de son Statut³³ et, éventuellement, sur les rapports susmentionnés, la Commission pourrait aussi encourager les États (et les organisations

³³ L'article 17 est libellé comme suit :

"1. La Commission examine également les plans et projets de conventions multilatérales émanant de Membres de l'Organisation des Nations Unies, d'organes principaux des Nations Unies autres que l'Assemblée générale, d'institutions spécialisées ou d'organisations officielles établies par accords intergouvernementaux en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification, que lui transmet à cet effet le Secrétaire général.

2. Si, en de tels cas, elle juge utile de poursuivre l'étude desdits plans ou projets, elle suit, dans les grandes lignes, la procédure ci-dessous :

internationales) à transmettre d'emblée les projets de convention à la CDI avant la conclusion des négociations, afin de dépister les risques de frictions avec d'autres règles déjà existantes et de prévenir les incompatibilités entre les réglementations pertinentes, qui devraient être prises en considération, par exemple, au cours de la négociation d'un nouveau cadre juridique. La Commission pourrait être invitée à établir une "liste générale de contrôle" pour aider les États à éviter les conflits de règles, les effets négatifs pour les individus et les chevauchements de compétence avec des sous-systèmes existants qui pourraient être affectés par le nouveau régime. Au cours de ce travail, la Commission pourrait même délivrer des certificats "d'absence de risque" indiquant que la création de tel nouveau sous-système spécifique n'aurait pas d'effets juridiques négatifs sur les régimes existants.

-
- a) Elle établit un plan de travail, étudie lesdits plans ou projets, et les compare avec d'autres plans ou projets se rapportant aux mêmes sujets;
 - b) Elle adresse un questionnaire à tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies et aux organes, institutions spécialisées et organisations officielles spécifiés ci-dessus qui sont intéressés à la question, et les invite à faire connaître leurs observations dans un délai raisonnable;
 - c) Elle soumet un rapport et des recommandations à l'Assemblée générale. Elle peut aussi, si elle le juge désirable, faire, avant cela, un rapport intérimaire à l'organe ou institution dont émane le plan ou le projet;
 - d) Si l'Assemblée générale invite la Commission à poursuivre ses travaux selon un plan proposé, la procédure décrite à l'article 16 est applicable. Il se peut toutefois que le questionnaire mentionné à l'alinéa e) dudit article soit inutile."