



Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE

A/CN.4/464/Add.2
21 décembre 1994
FRANÇAIS
ORIGINAL : ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Quarante-septième session
2 mai-21 juillet 1995

RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL SUR LES TRAVAUX
DE SA QUARANTE-SIXIÈME SESSION (1994)

Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de
l'Assemblée générale pendant sa quarante-neuvième session,
établi par le Secrétariat

Additif

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
D. RESPONSABILITÉ DES ÉTATS	1 - 58	3
1. Observations générales	1 - 3	3
2. La question des conséquences des actes qualifiés de crimes à l'article 19 de la première partie du projet d'articles	4 - 45	3
3. La question des contre-mesures	46 - 58	17
E. RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIAIBLES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL	59 - 89	21
1. Observations générales sur la façon d'aborder le sujet	59 - 62	21
2. Observations sur les articles adoptés à la quarante-sixième session de la Commission	63 - 76	23
3. Possibilités s'offrant à la Commission	77 - 81	26

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
4. Observations sur le dixième rapport du Rapporteur spécial	82 - 88	28
5. Forme définitive du projet d'articles sur le sujet	89	30
F. AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION . . .	90 - 98	31

D. RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

1. Observations générales

1. Certaines délégations ont invoqué en termes généraux l'état d'avancement des travaux de la Commission sur le sujet. Si l'on a estimé qu'une oeuvre considérable avait été accomplie et si l'on s'est félicité des débats intéressants qui se sont tenus à la dernière session sur le type de responsabilité engagée par les infractions qualifiées de crimes à l'article 19 de la première partie du projet d'articles, un certain nombre de représentants ont fait observer qu'il subsistait de nombreuses questions qui méritaient d'être analysées de manière approfondie – par exemple, la notion de "crime international" – et qu'il restait un long chemin à parcourir avant que le projet d'articles n'acquière la maturité voulue.

2. On s'est inquiété de la lenteur des travaux. À cet égard, on a fait remarquer que si la Commission avait adopté une série d'articles sur les conséquences substantielles des faits internationalement illicites, elle n'avait pas terminé ses travaux sur quatre autres articles consacrés aux conséquences instrumentales (contre-mesures) dont elle avait été saisie l'année précédente. On a rappelé à cet égard que sur la proposition du Rapporteur spécial, deux de ces articles avaient été renvoyés au Comité de rédaction, qui avait approuvé une nouvelle version de l'un de ces articles mais non de l'autre, et que la Commission avait en conséquence décidé de ne pas présenter les articles adoptés à l'Assemblée générale, puisque les quatre articles étaient censés constituer un tout envisageant tous les aspects des contre-mesures.

3. Tout en reconnaissant les difficultés existantes, un certain nombre de représentants ont engagé la Commission à mener à terme le plus rapidement possible les travaux sur le sujet, qui était inscrit à son ordre du jour depuis de nombreuses années. Il a été fait remarquer que l'on avait accompli suffisamment de progrès à ce jour pour pouvoir de mettre la dernière main aux deuxième et troisième parties du projet d'articles d'ici 1996 et il a dûment été pris note de l'assurance donnée par le Rapporteur spécial que la Commission serait en mesure de terminer la première lecture du projet d'articles en temps voulu.

2. La question des conséquences des actes qualifiés de crimes à l'article 19 de la première partie du projet d'articles

4. Un certain nombre de représentants ont noté la qualité et l'exhaustivité du débat à la Commission qui, à leurs yeux avait été marqué par l'imagination, la subtilité et l'audace. On a rendu hommage au Rapporteur spécial pour la qualité de son rapport; on a cru voir dans le recours à un questionnaire pour structurer le débat un bon précédent qui devrait être reconduit. On a toutefois admis que le débat de la Commission avait été marqué par des controverses et que les questions qui avaient surgi soulignaient la complexité politique et juridique des questions en jeu. Évoquant l'origine de la situation difficile dans laquelle la Commission se trouvait, un représentant a cité l'adoption de l'article 19 en 1976 et, par suite, la décision qui avait été prise, sur la suggestion du Rapporteur spécial, de traiter exhaustivement et séparément des conséquences des crimes, décision qui avait eu pour effet de compliquer le

problème, la Commission s'étant trouvée contrainte de traiter des conséquences des crimes dans des dispositions distinctes, au lieu d'envisager simplement les conséquences que devaient entraîner les crimes en plus des conséquences qui s'attachaient à tout acte internationalement illicite, comme l'ancien Rapporteur spécial, M. Willem Riphagen, l'avait proposé.

5. Plusieurs délégations ont évoqué l'esprit dans lequel la Commission devrait aborder la question de la distinction entre les délits et les actes illicites qualifiés de crimes à l'article 19 de la première partie du projet d'articles.

6. S'agissant de l'équilibre devant être établi entre le développement progressif et la codification du droit international, d'aucuns ont fait observer en termes généraux que si la Commission devait se garder de poursuivre un idéal trop éloigné de la réalité, de peur que ses travaux se révèlent inacceptables aux yeux des États et n'aient ainsi aucun sens, la Commission avait le devoir d'aller au-delà de la réalité existante pour promouvoir le développement progressif du droit international. En ce qui concerne la distinction entre crimes et délits proprement dite, il a été fait observer que la Commission devrait, comme elle l'avait fait dans d'autres domaines, faire à la fois oeuvre de codification et de développement progressif du droit. Il ne suffisait pas d'analyser le droit positif et de noter que telle catégorie de crimes n'existait pas dans la pratique des États; il importait également de tenir dûment compte de la doctrine et des pratiques auxquelles celle-ci pourrait donner naissance. On a souligné également la nécessité de veiller à faire concorder le droit international et la pratique des États et de retenir des notions de nature à promouvoir la réforme progressive, le développement et le renforcement des institutions internationales.

7. D'autres délégations ont mis en garde contre le risque de perdre de vue la finalité même du processus de codification. À cet égard, on a fait remarquer que l'objectif premier du processus de codification n'était pas tant d'établir un régime de droit pénal destiné à régler la conduite des États, ce qui avait peu de chances de devenir réalité, que de codifier les voies de droit internationales largement acceptées pour réparer par des moyens pacifiques les conséquences de la responsabilité des États à raison de préjudices causés à d'autres États. Il a également été déclaré que chercher à dégager de nouvelles règles de droit international touchant des notions controversées était pour la Commission une manière peu indiquée et vaine d'employer son temps – peu indiquée parce qu'en s'évertuant à dégager de telles notions, la Commission s'écarterait du rôle qui lui avait été assigné, et vaine parce qu'il ne servait à rien de bâtir des conventions internationales sur des notions qui inspirent énormément de scepticisme et de réticence à nombre d'États.

8. Un certain nombre de représentants ont fait observer que le débat sur les conséquences des "crimes d'État" avaient par la force des choses mis en avant la controverse sur la distinction même entre deux catégories d'actes internationalement illicites. Cette distinction, jugée valide par certains représentants, a suscité des objections de la part de certains autres.

9. À cet égard, les questions qui avaient été recensées et sur lesquelles le débat s'était axé étaient les suivantes : 1) la notion de crime d'État existait-elle dans la pratique des États et devait-elle être reconnue en droit

international? 2) Quelle était la nature de la responsabilité encourue par un État à raison de violations graves du droit international? 3) Qui était compétent pour déterminer qu'un crime avait été commis dans tel ou tel cas et quel était le rôle dévolu aux organes de l'ONU à cet égard? 4) L'article 19 constituait-il une bonne base pour la poursuite des travaux? 5) Pouvait-on envisager des variantes de la notion de "crime d'État"? 6) Quelles conséquences spécifiques les "crimes d'État" devaient-ils entraîner? et 7) La notion de crime comportait-elle des implications punitives¹?

10. Un certain nombre de représentants ont répondu par l'affirmative à la question 1), estimant qu'établir une distinction qualitative entre les atteintes à l'ordre public international et les actes internationalement illicites qui ne menaçaient pas les fondements de la société internationale constituait la bonne approche. Il a été dit en particulier qu'à en juger par la pratique actuelle, il y avait deux grandes catégories de violation du droit international suivant l'importance de la règle violée et la gravité de la violation et que, sur le plan politique, ni l'opinion publique ni les États eux-mêmes n'attachaient la même importance aux violations mineures du droit international – par exemple, la violation occasionnelle d'un accord commercial – qu'aux violations majeures – par exemple, les violations massives et systématiques des droits de l'homme fondamentaux. Il a été fait observer que la notion de crime international était ancrée dans le droit positif et dans les réalités de la vie internationale, qui se manifestaient généralement dans la pratique des États et les décisions des tribunaux internationaux : les violations flagrantes du droit international (agression, génocide, apartheid ou violation des droits de l'homme fondamentaux, etc.) se distinguaient des délits ordinaires et devaient donc être traitées séparément. Dans le même ordre d'idées, il a été fait remarquer que la notion de crime d'État reposait sur des fondements juridiques et politiques réels. Les crimes et les délits impliquaient tous deux des actes illicites commis par un État, mais la nature et la gravité de ces actes pouvaient varier et de fait, étaient souvent différentes. Il fallait dès lors établir une hiérarchie de ces actes illicites. Il a également été souligné que, comme il ressortait clairement de l'examen par la Commission du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, il était des crimes internationaux qui, aux yeux de la communauté internationale, devaient être punis d'une certaine manière et que l'on voyait mal comment la notion de crime international pouvait disparaître du projet sur la responsabilité des États, lequel serait ainsi exclusivement consacré aux délits.

11. Certains des représentants en question ont évoqué les critères à appliquer pour définir les crimes. Ces critères étaient les suivants : premièrement, une violation mettant en jeu les intérêts fondamentaux de la communauté internationale et débordant du cadre des relations bilatérales; deuxièmement, une violation grave du point de vue tant quantitatif que qualitatif. Dans ce contexte, on a fait valoir que la distinction entre crimes et délits ne devrait pas être envisagée uniquement sous l'angle de la gravité de la violation des obligations coutumières ou conventionnelles en jeu; il ne fallait pas perdre de

¹ Certains représentants ont répondu aux questions 1) à 3) en évoquant la question 4). Leurs vues sont ainsi consignées plus loin aux paragraphes 25 à 27 consacrés à la question 4).

vue que non seulement l'État victime mais également la communauté internationale tout entière étaient lésés par de tels actes.

12. On a également exprimé l'avis selon lequel en définissant la notion de crime international, il serait utile de se fonder sur le principe du jus cogens et selon lequel la Commission ne devrait pas se laisser décourager par les incertitudes d'ordre juridique entourant la définition et la portée exactes de cette notion, quand on sait que la définition de la "coutume internationale" et des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" visés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice était tout aussi imprécise. On a également jugé que le moment était venu d'exploiter le potentiel que renfermait la notion de jus cogens et de lui donner précision et substance; une telle entreprise, qui était impossible à mener en 1969, pouvait maintenant contribuer grandement à l'enrichissement du droit international. Dans ce contexte, il a été souligné que la Charte des Nations Unies énonçait un certain nombre de principes fondamentaux dont la violation par un État équivalait incontestablement à la commission d'un crime, à savoir notamment l'emploi de la force dans les relations internationales et la violation du droit à l'autodétermination.

13. La question 1) a suscité à la fois des réponses négatives ou réservées. C'est ainsi qu'un représentant a estimé que la distinction entre crime et délit n'avait toujours pas été clairement établie et qu'elle soulevait une série de questions auxquelles on ne pouvait apporter de réponse satisfaisante en l'état actuel des relations internationales. Un autre représentant a fait observer que, bien que la question de la responsabilité pénale des États s'inscrive dans le débat sur la théorie du droit international, la communauté internationale n'avait pas établi de lois concernant les crimes d'État et leurs conséquences. Ce même représentant a souligné que certaines questions devaient trouver une réponse dans des instruments juridiques internationaux (par exemple, celles de savoir si la notion de crime d'État devait être reconnue en droit international, qui aurait compétence si cette notion était reconnue et si la responsabilité à raison de crimes d'État différait de celle encourue à raison d'actes internationalement illicites ordinaires) et que, vu le nombre limité des principes de droit international universellement reconnus à l'heure actuelle et la physionomie actuelle des relations internationales, il serait difficile d'introduire la notion d'acte criminel dans le sujet de la responsabilité des États et de codifier une série de lois à cette fin. Aussi, a-t-il vivement recommandé que l'on fasse preuve de prudence en traitant de la question.

14. Évoquant plus en détail les opinions exprimées ci-dessus, un troisième représentant a défendu la thèse du continuum et souligné que si des actes plus flagrants étaient susceptibles d'entraîner des conséquences plus graves (par exemple, l'adoption de contre-mesures par d'autres États, réparation, châtement d'individus pour des violations graves des lois de la guerre, voire l'adoption de recommandations, de mesures provisoires et de mesures coercitives et non coercitives adoptées par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte), chercher à ériger une catégorie d'actes en "crimes" méritant une action de la part de la communauté internationale, ce serait limiter inutilement la souplesse que conférerait la solution du continuum : par la force des choses, établir une catégorie de "crimes" d'État relèverait soit de la construction artificielle, ou devrait reposer sur une appréciation au cas par

cas par la communauté internationale, auquel cas l'utilité de la notion serait minime au mieux. Le même représentant a ajouté que dans la mesure où la Commission cherchait à donner au droit le caractère qu'il devrait avoir, appliquer aux États la notion de "crime" ne contribuait ni à promouvoir ni à clarifier l'état du droit. Au contraire, une telle démarche aurait pour effet de l'obscurcir en cherchant à appliquer à l'État une notion de droit interne fondée sur la mens rea de l'individu.

15. Touchant la question 2, à savoir la nature de la responsabilité encourue par un État à raison de violations graves du droit international, certaines délégations ont exprimé l'avis qu'il n'y avait, en principe, aucune raison convaincante, qu'un État ne puisse encourir une responsabilité pénale et que la maxime "societas delinquere non potest" ne s'appliquait pas. Il a été souligné que, dans certains systèmes juridiques, les personnes morales pouvaient être tenues pénalement responsables, de certaines infractions économiques ou financières notamment, encore qu'elles ne puissent pas avoir de la mens rea, et qu'il n'y avait pas de raison que les crimes particulièrement graves commis par des individus utilisant le territoire et les ressources d'un État ne puissent pas, sous certaines conditions, être imputés à cet État, ouvrant ainsi la voie à la responsabilité pénale de celui-ci. De fait, a-t-on fait observer, la notion de la responsabilité des États à raison des délits ordinaires était également fondée sur l'idée qui voulait que l'on impute à l'État les actes d'individus ou autres entités agissant en tant qu'organes de l'État. Il a en outre été fait remarquer que les événements tragiques de la seconde guerre mondiale fournissaient de nombreux exemples d'actes criminels commis par des États, vis-à-vis desquels ces États avaient par la suite reconnu leur responsabilité et accordé une réparation financière à raison des conséquences matérielles des crimes commis, et que l'obligation imposée à l'Iraq de verser une indemnisation au Koweït et à certains individus en vertu des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité à la suite de l'invasion de ce dernier pays par lui en 1991, était de même censé induire l'État qui avait commis les crimes à faire amende honorable financière pour les dommages causés. Ainsi, a-t-on déclaré, lorsque des actes criminels commis, de l'aveu général par des personnes physiques, l'ont été aux fins de l'État, en son nom et sous son autorité, ils étaient imputés à l'État, qui en devenait responsable de la même manière qu'en droit interne une entreprise le serait à raison d'actes criminels commis par ses agents, et pouvait être punie à raison de ces actes par l'imposition de sanctions pécuniaires. L'exemple spécifique cité dans ce contexte était celui du génocide qui, étant normalement le fait d'organes de l'État, impliquait une espèce de criminalité organisée. En outre, à l'appui de la notion de responsabilité pénale de l'État, il a été souligné que cette responsabilité était posée par l'article 5 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et que la notion de crime n'était pas exclusive au droit interne, comme l'illustraient le projet de code et la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, ainsi que la reconnaissance par le droit international de l'existence de violations si graves que l'on pourrait les qualifier de crimes sans hésitation, par exemple l'esclavage, l'apartheid et les violations des droits de l'homme fondamentaux.

16. D'autres représentants ont exprimé l'avis que la notion de responsabilité pénale de l'État ne trouvait aucun fondement dans la pratique contemporaine des États dans la mesure où la notion de crime, encore qu'elle soit ancrée dans le

droit international, ne s'appliquait qu'aux individus et non aux États. Il a été souligné que l'une des évolutions clefs dans le domaine en question, à savoir celle qui a conduit à traiter la décision de recourir à la guerre de manière illégale comme un acte criminel pour lequel les dirigeants d'un État pourraient être punis, ne s'appliquait pas aux États en tant que tels, et qu'en outre, le dernier né des tribunaux de répression des crimes de guerre, à savoir le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, n'était pas compétent pour connaître de "crimes" d'États et d'accusations de crimes d'agression commis par des individus – ce qui représentait une approche délibérément prudente de la question des crimes en droit international qui n'était pas du tout reflétée dans les travaux de la Commission sur la responsabilité des États. On a fait observer, dans ce contexte, que si l'objectif premier recherché était la dissuasion, la bonne démarche aurait consisté à orienter la responsabilité pénale vers les individus au sein de l'État fautif, qui auraient décidé d'entreprendre l'action de l'État, dans la mesure où établir la responsabilité pénale de l'État dans son ensemble risquait d'entamer l'effet de dissuasion recherché. Un autre argument avancé contre la notion de responsabilité pénale d'un État était celui selon lequel les tribunaux internationaux s'étaient traditionnellement refusés à imposer des dommages-intérêts punitifs contre les États, en partie en raison de l'absence d'intention coupable de la part du gouvernement d'un État par opposition à l'individu.

17. D'autres représentants encore ont estimé qu'il s'agissait là d'un faux débat en ce sens que l'on ne pouvait établir aucune analogie entre l'emploi du terme "crime" dans le contexte actuel et le sens que lui donnait le droit pénal interne : dans le contexte actuel, le terme "crime" n'impliquait pas qu'un État soit pénalement responsable; il indiquait simplement qu'un État avait violé une obligation internationale essentielle pour la protection des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. L'emploi de ce terme, a-t-on déclaré, devrait être sans préjudice de la détermination de la nature de la responsabilité encourue pour un crime donné. Les représentants en question se sont rangés à l'opinion exprimée par la Commission dans son rapport selon laquelle, aux fins du projet d'articles, il ne s'agissait pas là d'une question de responsabilité pénale civile, mais de responsabilité de l'État découlant d'un acte criminel délictuel. La responsabilité de l'État, a-t-on fait valoir, n'était ni civile, ni pénale, mais sui generis : elle revêtait un caractère international, différent et spécifique, et il était donc vain d'examiner plus avant la question de la validité de la maxime "societas delinquere non potest" en droit international.

18. En ce qui concerne la question 3, à savoir à qui il appartenait de déterminer qu'un crime avait été commis, les délégations qui se sont prononcées sur ce sujet se sont accordées pour dire qu'elle était difficile en raison de ses implications politiques et de l'imperfection des institutions de la communauté internationale. Il a toutefois été fait observer que le problème se posait dans les mêmes termes s'agissant des manquements ordinaires et, qu'en l'absence d'un régime obligatoire de règlement des différends entre les parties à un conflit portant sur la question de la responsabilité des États et de son application, on n'avait d'autre choix que de laisser aux États en présence le soin de déterminer la nature et les conséquences de l'acte illicite qui aurait été commis, solution que l'on s'accordait à considérer comme insatisfaisante à un problème bien connu qui concernait la plupart des règles du droit

international étant donné l'organisation actuelle de la communauté internationale, mais qui était moins sujette à caution qu'il n'y paraît, vu qu'un État qui agissait sur la base de ce qui constituait un crime à ses yeux, le faisait à ses propres risques et périls.

19. Certaines délégations, gardant à l'esprit la gravité des conséquences d'un crime international, se sont opposées à l'opinion selon laquelle il fallait laisser aux États agissant unilatéralement le soin d'en déterminer la nature et ont préconisé une procédure institutionnelle sous la conduite d'un organe judiciaire international impartial et indépendant.

20. S'agissant du rôle des organes de l'ONU dans ce domaine, il a été rappelé que le Conseil de sécurité était habilité, en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, à constater que des crimes (menaces contre la paix, ruptures de la paix ou actes d'agression au sens de l'Article 39 de la Charte) avaient été commis et à imposer les peines correspondantes.

21. Si l'opinion selon laquelle il faudrait utiliser pleinement les mécanismes en place des Nations Unies pour résoudre les problèmes auxquels la communauté internationale était confrontée n'a suscité aucun désaccord, plusieurs représentants ont préconisé une démarche prudente en la matière. Le Conseil de sécurité, a-t-on déclaré, n'était pas un organe judiciaire indépendant, mais un organe intergouvernemental doté de pouvoirs politiques dans l'exercice de sa responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et auquel il était essentiellement confié des fonctions de police. Habilitier le Conseil de sécurité à constater qu'un État avait commis un crime grave a suscité de sérieuses objections : une telle solution, a-t-on fait valoir, reviendrait en effet à conférer des pouvoirs judiciaires à un organe hautement politique; elle constituerait une sérieuse entorse au principe de l'égalité souveraine des États énoncé dans la Charte puisque les membres permanents du Conseil de sécurité jouiraient, à la faveur du droit de veto, d'une immunité permanente même dans le cas où ils auraient commis des actes criminels; elle entraînerait également une confusion des pouvoirs et déséquilibrerait sensiblement l'architecture institutionnelle de l'Organisation.

22. La question de savoir si l'Assemblée générale pourrait jouer un rôle dans le domaine considéré a suscité des opinions divergentes. Certaines délégations ont souligné qu'à l'exemple du Conseil de sécurité, l'Assemblée était un organe politique qui fonctionnait sous l'autorité de la Charte des Nations Unies et non un organe judiciaire ayant reçu pour mandat de connaître des manquements au droit international par un État et d'infliger des châtements. On a en revanche exprimé l'avis que la Commission devrait attribuer compétence pour constater l'existence d'un crime au seul organe international pleinement représentatif de la communauté internationale, à savoir l'Assemblée générale des Nations Unies.

23. Quant à la Cour internationale de Justice, certains représentants ont vu en elle la meilleure solution. D'autres représentants ont toutefois souligné qu'en dernière analyse la compétence de la Cour était volontaire et que les déclarations unilatérales d'acceptation de la compétence de celle-ci restaient peu nombreuses et étaient souvent assorties d'importantes réserves. Il a également été fait observer que la compétence de la Cour était uniquement partielle et non uniforme. On a en revanche appelé l'attention sur la

possibilité d'associer la Cour internationale de Justice à la constatation d'un crime où d'une violation grave, en prenant pour modèle les procédures de règlement judiciaire prévues aux articles 65 et 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. On a également évoqué la possibilité d'élaborer un article en s'inspirant de l'article VIII de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, aux termes duquel toute partie contractante peut saisir les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide.

24. Plusieurs représentants ont demandé à la Commission de prendre soin de ne pas instituer de nouveaux mandats à l'intention des principaux organes de l'ONU par le biais du projet de convention sur la responsabilité des États. Un représentant, tout en étant d'avis que les difficultés évoquées plus haut ne pouvaient être surmontées qu'en apportant les réformes qui s'imposaient à la Charte des Nations Unies et au statut de la Cour internationale de Justice, a reconnu à regret que la communauté internationale ne semblait pas encore prête à de telles réformes.

25. La question 4), à savoir si l'article 19 de la première partie du projet d'articles fournissait une base suffisante pour la poursuite des travaux, a suscité une réponse positive de la part d'un certain nombre de représentants, qui en ont jugé le texte soigneusement libellé et satisfaisant dans l'ensemble sous réserve d'améliorations éventuelles à la lumière de l'évolution de la pratique des États et compte tenu des conséquences liées à la commission d'un crime international. S'agissant du paragraphe 3 de l'article en question, on a exprimé l'avis que la liste qui y figurait précisait utilement la définition contenue au paragraphe 2. Tout en reconnaissant qu'une liste du type proposé aiderait à lever les ambiguïtés en trouvant les règles primaires et à faciliter la détermination des conséquences des crimes internationaux, certains représentants ont jugé quasiment impossible de parvenir à une liste qui soit acceptable pour tous. Ils ont dès lors été d'avis que l'article 19 devrait se borner à qualifier les crimes internationaux en termes généraux, suivant en cela la décision que la Commission avait prise de circonscrire le projet à l'énonciation de règles secondaires, et que la définition de crimes déterminés devait être l'objet d'autres instruments.

26. D'autres représentants ont émis l'opinion selon laquelle l'article 19 laissait beaucoup à désirer du point de vue conceptuel. L'une d'entre eux, après avoir fait observer que l'article postulait qu'il existait une catégorie d'actes internationalement illicites exactement assimilables aux crimes et délits du droit pénal interne, a fait remarquer que la fragilité de ce postulat était attestée par les difficultés éprouvées par les rédacteurs de l'article pour définir les crimes et délits envisagés avec la précision qu'impose le droit pénal. Cette même représentante s'est opposée au présupposé qui sous-tendait l'article et selon lequel tous les actes illicites imputables à l'État tomberaient sous le coup du droit pénal international applicable aux États, présupposé qui méconnaissait le fait qu'un acte illicite, si sérieux soit-il, ne constituait pas forcément un crime. Évoquant le critère de la gravité de l'acte illicite, elle a souligné que, bien que certaines violations du droit international soient particulièrement graves, il ne s'ensuivait pas que de

telles violations commises par un État soient justiciables d'un "droit pénal" et que les crimes ne pouvaient être définis, — or ils devraient assurément l'être compte tenu du principe nullum crimen nulla poena sine lege —, que si les critères de qualification correspondants en étaient soigneusement cernés. De l'avis de cette représentante, cette objection ne pouvait pas être écartée par une référence à la "communauté internationale", qui, si elle avait une réalité politique, était une entité indéterminée en droit. Elle a par ailleurs fait remarquer que l'article ouvrait la porte à toutes sortes de jugements subjectifs s'agissant d'une part de la définition exacte de "l'obligation internationale" et de son caractère "essentiel" "pour la protection des intérêts fondamentaux de la communauté internationale" et, d'autre part, de la question de savoir si un intérêt était "fondamental" et concernait la "communauté internationale" dont l'article ne donnait aucune définition juridique. En ce qui concerne la liste figurant au paragraphe 3 de l'article 19, après avoir noté que la Commission, en établissant cette liste, s'était écartée de la règle qu'elle s'était imposée de se borner à réfléchir à des règles secondaires à l'exclusion des règles primaires, elle a fait observer que le paragraphe traitait de politiques gouvernementales qui, critiquées à juste titre par la grande majorité des États, n'en étaient pas moins le produit d'orientation politique reflétant les conceptions idéologiques d'une période donnée de l'histoire plutôt que des actes qui pouvaient clairement être qualifiés de crimes dans n'importe quel système de droit. Au surplus, a-t-elle ajouté, la justice pénale supposait-elle la conscience morale et sociale au sein d'une collectivité d'hommes, ainsi qu'un législateur habilité à définir et à réprimer les crimes, un système judiciaire pour en juger et des forces de l'ordre chargées d'exécuter les peines prononcées par les tribunaux : à son sens, aucune de ces conditions n'était réunie sur le plan international.

27. La même représentante a émis une seconde objection de principe vis-à-vis de la teneur de l'article 19, touchant la question de savoir si un crime pouvait être imputé à un État. Elle a rappelé que la notion de responsabilité pénale des personnes morales était envisagée par les États de diverses manières et que l'État était forcément soustrait à une telle responsabilité dès lors qu'il avait seul le droit de réprimer. Par extension, elle voyait mal qui, dans une communauté internationale regroupant plus de 180 États souverains dotés tous du pouvoir de réprimer, pourrait exercer un tel pouvoir sur d'autres États souverains, un autre problème résultant à son avis de la confusion par l'article 19 des deux notions incarnées dans le terme "État", qui, selon une définition, englobait les divers organes (administrations, gouvernements, voire partis politiques, etc.), dont les membres ou dirigeants pouvaient être tenus responsables d'actes criminels et qui, selon une autre définition, renvoyait à une entité juridique plus abstraite (comprenant un territoire, une population et des institutions) qui, au regard du droit, n'était ni bonne ni mauvaise, ni juste ni injuste, ni innocente ni coupable. La même représentante a conclu que l'article 19, conçu dans les années 70 et contesté dès 1976, n'avait pas sa place dans le monde moderne et avait perdu l'utilité que ses auteurs lui prêtaient en raison du développement du rôle de l'ONU. Elle a souligné à cet égard que le Conseil de sécurité avait à bon droit décidé que les violations intolérables des droits d'un peuple par son propre gouvernement pouvaient constituer une menace contre la paix et la sécurité internationales, le résultat en étant que les personnes coupables d'actes internationalement illicites exceptionnellement graves tels qu'envisagés à l'article 19, étaient passibles de

châtiments prompts et appropriés et que le Conseil avait également mis en oeuvre toute une série de mesures à des fins préventives, dissuasives, coercitives ou d'encouragement etc., et avait créé des tribunaux internationaux compétents pour connaître des crimes en ex-Yougoslavie et au Rwanda. De l'avis de cette représentante, une approche novatrice et pragmatique était préférable à la solution adoptée à l'article 19.

28. Pour ce qui est de la question 5, concernant d'éventuelles variantes de la notion de "crimes d'État", qui, a-t-il été noté, était susceptible de prêter à confusion en raison de sa connotation avec le droit pénal, il a été suggéré d'aborder le problème sous un double angle, c'est-à-dire d'une part mieux élucider les conséquences de la notion d'obligations erga omnes et d'autre part, établir un lien plus direct entre le projet d'articles et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de manière à ce qu'une fois adopté, le code soit applicable à toutes les violations de la catégorie spéciale des obligations erga omnes. Il a par ailleurs été suggéré de reprendre la terminologie des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre de 1949, qui parlaient d'"infractions graves" aux Conventions : on établirait ainsi une distinction entre "infractions" et "infractions graves", en utilisant comme critère le degré de gravité de l'acte illicite. Il a également été noté qu'il avait été fait mention de la notion de violation d'une obligation erga omnes à la Commission.

29. Toutes ces variantes ont suscité des objections. Il a été fait observer que crime et violation d'une obligation erga omnes n'étaient pas des termes synonymes et que, si tout crime international constituait une violation d'une obligation erga omnes, le contraire n'était pas vrai; ainsi, bien qu'elle implique le manquement à une obligation erga omnes, la violation par un État côtier du droit de passage en transit à travers un détroit international ne constituait pas un crime international. Il a également été dit qu'en admettant même qu'elle existe en droit international, la notion d'obligation erga omnes pourrait bien se révéler insuffisante pour déterminer à elle seule un ordre public international dont la violation rendrait un État passible de sanctions pénales.

30. Quant à la notion de jus cogens, on a exprimé l'opinion selon laquelle une notion qui était mal définie et à partir de laquelle les auteurs de la Convention de Vienne sur le droit des traités avaient tiré des conclusions qui introduisaient une incertitude dans le droit international n'offrait aucune issue et qu'essayer de définir sur la base des règles du jus cogens un crime sur la nature, le contenu, voire l'existence duquel les meilleurs esprits ne pouvaient s'entendre, était une entreprise risquée. On a par ailleurs fait remarquer que même si cette notion était admise, elle ne résoudrait pas le problème dans la mesure où le manquement à une obligation de jus cogens ne constituait pas un crime international en toute circonstance.

31. Par ailleurs, on a jugé injustifié et malavisé de renoncer à l'expression "crime d'État", injustifié car son emploi était sans préjudice de la nature de la responsabilité découlant d'un manquement particulièrement grave au droit international, et malavisé car elle avait le mérite psychologique évident de souligner la gravité exceptionnelle du manquement en cause, ce qui devait inciter la communauté internationale à agir, soit dans le cadre d'institutions

ou par le biais des États pris individuellement, en vue de défendre les droits et intérêts de l'État victime et de la communauté internationale.

32. En ce qui concerne la question 6, à savoir quelles conséquences spécifiques devraient se rattacher aux "crimes d'État", il a été souligné que la divergence de vues fondamentale touchant la notion de crime international avait dicté les différentes approches quant à ses conséquences et que, pour les tenants de cette notion, la commission d'un crime international donnerait naissance à un droit général d'intenter une action en réparation – le principe d'actio popularis – et s'accompagnerait de l'imposition d'autres sanctions, cependant que pour ses adversaires, il n'y aurait logiquement aucune différence entre les conséquences d'un délit et celles d'un crime international. On a estimé que déterminer les conséquences des crimes d'État était une tâche malaisée en l'absence d'une liste exhaustive des crimes d'État, encore que certains crimes comme l'agression ou le génocide soient raisonnablement bien définis et considérés comme crimes par l'opinio juris de la communauté internationale. Entre autres obstacles à l'identification des conséquences des crimes d'État évoqués durant le débat on pouvait citer l'organisation actuelle de la communauté internationale et l'absence de mécanisme juridique habilité à déterminer si ou non un État avait commis un crime.

33. Tout en reconnaissant ces difficultés, certains représentants ont été d'avis que la distinction entre crimes et délits devrait s'étendre aux conséquences de la commission des actes en question et qu'un régime spécial devrait être institué pour les "crimes d'État" du point de vue tant du fond qu'au niveau instrumental, en ayant à l'esprit que tout progrès dans ce domaine pourrait contribuer à la promotion de la primauté du droit dans les relations internationales et à la défense des intérêts communs de la communauté internationale.

34. Quant à la question de savoir qui pourrait légitimement réagir face à un "crime d'État", soit en prétendant se conformer à des obligations de fond, soit en ayant recours à des contre-mesures ou à des sanctions, question qui a été jugée essentielle pour l'institution d'un régime de responsabilité internationale pour crime, plusieurs représentants ont souligné qu'à la différence du cas de délits internationaux où seul l'État dont les intérêts juridiques avaient été lésés était autorisé à porter plainte contre l'État fautif, la commission d'un crime d'État autoriserait jusqu'aux parties autres que l'État lésé à porter plainte. On a jugé la distinction logique, puisque le second type de violation remettait en cause les fondements mêmes de la société internationale et conforme au fait que la Cour internationale de Justice avait reconnu l'existence d'obligations à l'égard de la communauté internationale tout entière.

35. Les délégations qui ont évoqué la question se sont accordées à dire que l'idéal serait que la réaction face à un crime soit collective, qu'elle émane d'un organe international capable d'interpréter et de mettre en oeuvre la volonté de la communauté internationale dans son ensemble. Si certaines d'entre elles ont reconnu qu'en réalité, étant donné la structure organisationnelle actuelle de la communauté internationale et l'absence de règle de compétence obligatoire, on n'avait d'autre choix que d'assigner aux différents États, y compris à l'État lésé, la tâche de déterminer la réaction appropriée, l'idée

de ménager une marge de manoeuvre aux initiatives unilatérales d'États ou de groupes d'États, a suscité des objections. À cet égard, on a exprimé l'avis selon lequel, pour éviter que la notion de crime ne conduise à confirmer les rapports de force actuels, il importait de veiller à ce que, hormis le cas de la légitime défense, les États n'aient le droit d'intervenir individuellement que dans les cas où aucune réaction collective n'existerait ou serait irréalisable. La Commission a, par ailleurs, été encouragée à continuer de rechercher les moyens de doter un organe suffisamment représentatif d'un système de vérification judiciaire efficace pour déterminer le bien-fondé de la qualification des crimes et la réaction correspondante.

36. En ce qui concerne les conséquences instrumentales, on a exprimé l'opinion selon laquelle le recours à la notion de crime en tant qu'élément de qualification pour, d'une part, déterminer la procédure à suivre avant l'adoption de contre-mesures et, d'autre part, définir la nature de ces mesures, était problématique et risquée, sinon propre à produire le contraire de l'effet escompté en l'absence d'une autorité internationale effective qui déciderait si un crime avait été commis et appliquerait des mesures de sanction. Il a également été déclaré que recourir à la notion classique de crime risquerait de perturber l'équilibre subtil des intérêts qui devait être maintenu entre l'État fautif et l'État lésé afin de donner aux procédures de règlement des différends préalables à l'adoption de contre-mesures des chances d'aboutir. Il a, par ailleurs, été fait observer que les contre-mesures se concevaient sur le plan bilatéral, même dans le cas de violations d'obligations erga omnes, si bien que la question se posait de savoir comment procéder si l'obligation violée visait à sauvegarder les intérêts fondamentaux de tous les États.

37. Nonobstant ce qui précède, certains représentants ont partagé l'avis du Rapporteur spécial selon lequel, s'agissant de contre-mesures, il fallait établir une distinction entre crimes et délits. En revanche, ils ont souligné que dans tout régime régissant les réactions à la commission d'un crime, il fallait respecter le principe du règlement pacifique des différends et le principe de proportionnalité, de même que la prohibition de l'emploi de la force sauf le cas de mesures prises en état de légitime défense individuelle ou collective ou en vertu du Chapitre VII de la Charte. Il a été fait observer dans ce contexte que, même lorsqu'on réagissait face à un crime, l'emploi de la force devait rester la prérogative exclusive de la communauté internationale organisée et, en particulier du Conseil de sécurité, dont l'autorisation préalable devrait rester une condition sine qua non de l'emploi de la force dans des cas autres que l'agression, y compris le génocide ou l'intervention humanitaire. Il a, en outre, été dit que la gravité et l'étendue des conséquences juridiques d'une violation particulièrement grave du droit international ne devraient pas dépasser le seuil au-delà duquel la population de l'État fautif serait exposée à un châtement excessif, compte tenu du fait que, quelle que soit leur nature, les mesures qui seraient prises affecteraient en toute circonstance, directement ou indirectement, des populations innocentes pour la plupart. C'est ainsi que l'on a conseillé la prudence face à l'idée d'assortir le droit de recours à des contre-mesures de conditions moins strictes dans les cas de crime qu'en cas de délit. On a exprimé la crainte que, au lieu de contribuer à rétablir le statu quo ante, assouplir ces conditions pourrait avoir pour effet de donner aux États qui se considéraient comme victimes d'un crime l'idée erronée qu'ils avaient une plus grande latitude s'agissant de

l'adoption de contre-mesures et de réduire, voire d'éliminer, la possibilité d'atteindre effectivement cet objectif à la faveur d'une réaction collective. On a également souligné la nécessité d'accorder l'attention voulue à l'incidence de contre-mesures démesurées sur la population de l'État fautif.

38. Certains représentants ont évoqué le rôle que les organes de l'Organisation des Nations Unies pourraient jouer dans ce domaine. Si l'on a appelé l'attention sur la fonction politique et de police spéciale dévolue au Conseil de sécurité en vertu du pouvoir qu'il tenait du Chapitre VII de la Charte d'imposer des sanctions afin de maintenir la paix et la sécurité internationales, on s'est opposé à l'opinion selon laquelle les divers organes de l'ONU, dont le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, pourraient traiter des crimes d'État internationaux, étant donné leur caractère foncièrement politique et les réformes d'ordre institutionnel qui seraient nécessaires pour qu'ils puissent s'acquitter d'une telle tâche. Dans ce contexte, on a fait observer qu'à la différence des États-nations, l'ONU n'était pas habilitée à imposer des sanctions en cas de crime international; les mesures coercitives envisagées au Chapitre VII de la Charte étaient expressément orientées dans le sens des objectifs de l'Article 39 de la Charte et on ne pouvait pas affirmer catégoriquement que le Chapitre VII opérait comme un mécanisme de sanction dans les relations internationales. Quant à la possibilité d'adapter les pouvoirs confiés aux organes de l'ONU, on l'a jugée fort lointaine dans le contexte politique et économique mondial actuel et comme supposant, en tout état de cause, que l'on procède à l'étude des règles primaires du droit international, ce que d'aucuns pourraient considérer comme allant au-delà du mandat de la Commission. Notant que dans des situations qui avaient été à l'origine d'actes d'agression, de génocide ou d'apartheid, le Conseil de sécurité avait dû agir comme un mécanisme de sanction, un représentant a déclaré qu'il fallait trouver le moyen de dégager des normes destinées à régler les conséquences de ces odieux crimes internationaux sous l'angle de la responsabilité des États.

39. En ce qui concerne les conséquences substantielles des crimes internationaux, on a souscrit à l'opinion de la Commission selon laquelle il n'existait aucune distinction entre crimes et délits, s'agissant de l'obligation de cessation. En ce qui concerne la restitution en nature, on a fait valoir que, dans la mesure où les crimes lésaient la communauté internationale dans son ensemble et enfreignaient une norme impérative du droit international, cette forme de réparation était particulièrement importante et ne devait pas être subordonnée aux restrictions prévues aux alinéas c) et d) de l'article 7. Il a également été déclaré qu'en cas de crimes par opposition au cas de délits, le choix entre restitution en nature et indemnisation était éliminé : l'indemnisation ne devait pas être ouverte à l'État victime d'un crime, à moins que la restitution en nature ne soit matériellement impossible ou n'entraîne une violation du jus cogens. Quant à la satisfaction, on a émis l'avis qu'elle devait comporter l'obligation de poursuivre au pénal ou d'extrader les personnes qui, dans l'exercice de la puissance publique, auraient participé à la préparation ou à la perpétration de crimes internationaux imputés à un État, solution qui reflétait le lien entre responsabilité d'État pour crimes internationaux et responsabilité pénale des individus auteurs de ces crimes. Il a également été dit que dans le cas des crimes, la satisfaction devait comporter

non seulement des dommages-intérêts punitifs, mais également des mesures attentatoires à la dignité de l'État en cause.

40. En ce qui concerne les plaignants, on a souligné la nécessité de l'existence d'un lien entre la partie lésée et la partie coupable de la conduite illicite. On a fait observer que c'était ce lien qui donnait à un État le droit d'exiger réparation d'un autre État, et que le projet d'articles devait prévoir des éléments qui permettent d'identifier clairement la partie ayant qualité pour intenter une action en réparation.

41. Pour ce qui des autres conséquences, certaines délégations ont évoqué l'obligation générale faite à tous les États de ne pas reconnaître comme valable en droit toute situation découlant d'un crime dont l'État fautif tirait avantage ainsi que l'obligation générale de n'aider en aucune façon cet État à conserver la situation avantageuse née du crime. On a cru voir là deux aspects de la même obligation : reconnaître comme valable en droit une situation permettant à l'État qui avait commis le crime d'en tirer avantage reviendrait à aider cet État à maintenir la situation ainsi créée; de même, aider un État qui avait commis un crime à conserver les avantages qui en étaient résultés revenait à reconnaître les conséquences juridiques de ce crime.

42. La question 7), c'est-à-dire celle de savoir si la notion de crime avait des implications punitives, a suscité une réaction positive de la part de certains représentants qui ont estimé que l'État proprement dit devait endosser une part de responsabilité par le jeu soit de dommages-intérêts punitifs soit de mesures propres à porter atteinte à sa compétence ou à sa dignité – point de vue qui, à leur avis, était étayé par l'article 5 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. D'autres représentants ont défendu la thèse contraire : l'un de ces derniers a fait observer que le projet d'articles visait principalement à rétablir le statu quo ante à la faveur de la restitution ou de l'indemnisation pécuniaire en cas d'infraction à une obligation internationale par un État et qu'introduire dans le projet d'articles la notion de sanction à l'encontre de cet État créerait une sérieuse anomalie de nature à le rendre nettement moins acceptable. Le même représentant a conclu que le projet d'articles ne devrait faire mention ni de sanction ni de la notion d'outrage moral.

43. Un autre représentant a craint qu'engager la responsabilité pénale de l'État n'éclabousse profondément l'ensemble de la population dudit État et ne débouche sur un châtement collectif. Il a fait observer que les mesures punitives prises contre l'État fautif pourraient facilement nuire à des personnes innocentes, y compris celles qui se seraient opposées au crime et, qu'en conséquence, il faudrait éviter toute sanction susceptible d'avoir des effets particulièrement graves sur l'ensemble de la population. Il a conclu que les sanctions imposées à l'État ne devraient être autorisées que si elles sont appliquées conformément à des procédures strictes et compte dûment tenu des droits des innocents.

44. Un troisième représentant a souligné que retenir la notion de crime ne signifiait pas reconnaître aux États ou à la communauté internationale dans son ensemble le droit absolu et illimité de recourir à des contre-mesures ou à la loi du talion et que, sans remettre en cause le droit des victimes d'obtenir

réparation et satisfaction, il ne fallait pas perdre de vue l'importance capitale de la réconciliation. Ce même représentant a insisté sur le fait que pour endiguer tout risque d'escalade de nature à remettre en cause la stabilité de la communauté internationale, les conséquences substantielles et instrumentales des actes internationalement illicites ne devraient comporter aucun aspect punitif et que l'élément punitif de la conséquence de tels actes, ainsi que l'aspect de revanche, devaient être rigoureusement circonscrits afin de prévenir toute exacerbation dangereuse des tensions.

45. S'agissant de la démarche future que la Commission devrait adopter en ce qui concerne la distinction entre crime et délit, certaines délégations ont préconisé de supprimer la référence au crime à l'article 19 et de cesser de réfléchir sur une question qui, à leur sens, n'était pas fondée sur la pratique des États et ne justifiait pas le temps consacré à l'établissement de 117 paragraphes du rapport. D'autres délégations ont fait observer que, dans la mesure où on ne pouvait pas exclure qu'il faille refléter dans les conséquences respectives des deux catégories d'actes internationalement illicites la distinction envisagée entre ces deux catégories d'actes, il serait inopportun de remettre en cause au stade actuel la structure et le contenu de l'article 19. De l'avis de ces délégations, la Commission ne devrait rouvrir le débat sur l'article que lorsqu'elle aurait fini d'examiner le sujet. Certaines de ces délégations ont déclaré qu'elles seraient peu disposées, dans la pratique, à entériner la proposition tendant à différer la question des conséquences juridiques des crimes internationaux jusqu'à l'examen du projet d'articles en seconde lecture. Selon celles-ci et en dépit du sentiment exprimé par le Rapporteur spécial selon lequel il disposait d'indications suffisantes pour lui permettre d'élaborer des propositions sur la question d'ici la session suivante, on accroîtrait ainsi les chances d'achever l'examen en première lecture du projet d'articles d'ici à 1996. D'autres délégations ont toutefois souligné que quel que soit le stade où il aurait lieu, l'examen des conséquences des "crimes d'État" devrait reposer sur une définition précise de la notion en question; elles se sont donc félicitées qu'il ait été décidé de reprendre l'examen de l'article 19.

3. La question des contre-mesures

a) Observations générales

46. On a fait observer que, la jurisprudence judiciaire ou arbitrale en la matière étant quasi inexistante, la Commission contribuait véritablement au développement progressif du droit en codifiant le recours à des contre-mesures.

47. Selon un avis, le fait de légitimer les contre-mesures, si soigneusement réglementées soient-elles, serait de nature à exacerber les différends entre États; de plus, l'introduction de la notion de contre-mesures dans le projet d'articles risquerait de retarder l'élaboration d'un régime de responsabilité des États.

48. Selon un autre avis, il convenait d'aborder la question avec beaucoup de circonspection, sans oublier que les contre-mesures étaient en soi des actes illicites dont l'illicéité ne se trouvait pas effacée du seul fait qu'elles répondaient à un acte illicite antérieur. En outre, on a fait valoir que les

États puissants pouvaient effectivement appliquer des contre-mesures pour défendre leurs intérêts – et se faire ainsi justice eux-mêmes – alors que les États faibles ne pouvaient guère raisonnablement espérer exercer par ce biais une quelconque influence sur les États puissants. Bien plus, les contre-mesures n'étant pas subordonnées à la vérification par des tiers de l'existence effective d'un acte illicite, le fait d'y recourir risquait de donner lieu à des controverses interminables, susceptibles de nuire durablement à l'économie de l'État concerné.

49. Ce nonobstant, les délégations partisans de la thèse susévoquée ont toutefois reconnu que la Commission avait estimé, dans sa majorité, que la question des contre-mesures avait sa place dans le projet d'articles. Elles admettaient ainsi que le recours à des contre-mesures était dicté par l'imperfection de la société internationale, qui ne s'était toujours pas dotée d'un mécanisme centralisé d'application du droit et que, s'il était vrai qu'en légitimant les contre-mesures, on risquait de battre en brèche la primauté du droit, d'ouvrir la porte aux abus et de favoriser les États puissants (qui, bien souvent, étaient aussi les auteurs du fait illicite) au détriment des États faibles, il convenait, dans certains cas extrêmes, d'autoriser l'application de contre-mesures, en veillant à assujettir l'exercice de ce droit à certaines conditions destinées à prévenir les abus.

50. Tout en reconnaissant la validité de l'argument selon lequel les contre-mesures pouvaient avoir leur utilité en l'état actuel des relations internationales, ces délégations ont insisté sur la nécessité d'adopter une approche équilibrée. On pouvait en effet envisager plusieurs cas de figure s'agissant des contre-mesures : celui où un État ayant commis un fait internationalement illicite se montrerait réfractaire; celui où un malentendu naîtrait entre deux États de bonne foi ou encore celui où l'État lésé se méprendrait quant au droit applicable. On a également insisté sur la nécessité de trouver un moyen terme entre, d'une part, l'opinion selon laquelle il appartenait à l'État lésé de décider s'il y a lieu de prendre des mesures quelconques avant de recourir à des contre-mesures et, d'autre part, l'idée qu'il n'était pas souhaitable, vu les risques d'abus, d'accorder une latitude étendue à l'État susceptible de prendre les contre-mesures. C'est ainsi que l'on a avancé diverses propositions visant à restreindre le pouvoir discrétionnaire des États en la matière. Selon un représentant, tout État s'estimant lésé devrait, avant de recourir à des contre-mesures, suivre les procédures suivantes : notifier à l'État concerné qu'il manquait à l'une de ses obligations; lui signifier son intention de recourir à des contre-mesures s'il n'était pas mis fin au manquement; demander que le différend l'opposant à l'autre État soit réglé selon les procédures disponibles. De plus, les délais requis par ces mesures préliminaires risquant de jouer en sa défaveur, il importait de préserver les intérêts de l'État auteur de la notification pendant cette période. Un autre représentant a estimé qu'il fallait empêcher les États de prendre des contre-mesures avant qu'une tierce partie n'ait déterminé si une telle décision se justifiait. Certains représentants ont insisté sur l'importance des procédures de règlement des différends. Selon l'un d'entre eux, le recours à des contre-mesures ne devait être possible qu'en cas d'échec des tentatives de règlement à l'amiable par voie de négociations directes. Un autre représentant a proposé que tout différend résultant d'un recours à des contre-mesures soit réglé selon des procédures ayant force obligatoire.

51. On a en outre insisté sur le fait que les contre-mesures ne devaient pas être hors de proportion avec la gravité du fait illicite qui les avait motivées, ni être contraires aux buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, ni enfreindre les principes généraux du droit international. Il fallait aussi, avant d'envisager d'y recourir, tenir compte de leurs effets éventuels sur des pays tiers et exclure toute intention punitive.

b) Commentaires sur certains articles ayant trait aux contre-mesures

52. On a fait observer que la Commission avait progressé dans ses travaux en adoptant provisoirement les articles 11, 13 et 14, qui seraient incorporés dans la deuxième partie du projet d'articles, et qu'elle avait eu raison de reporter l'adoption de l'article 12 (conditions liées au recours à des contre-mesures) afin de parvenir à un texte acceptable par tous.

53. Certaines délégations ont jugé qu'il était prématuré de commenter les articles relatifs aux contre-mesures tant que l'article 12 serait en cours d'élaboration; d'autres ont estimé au contraire qu'il était utile d'en aborder l'examen afin de fournir à la Commission des pistes de réflexion pour la suite de ses travaux.

54. On a estimé que l'article 11 traduisait avec exactitude les buts essentiels des contre-mesures, à savoir faire cesser le fait internationalement illicite et inciter l'État qui en était l'auteur à régler à l'amiable le différend qui l'oppose à l'État lésé. On a toutefois craint que, même sous sa version révisée, l'article en question, en laissant à l'État lésé le soin de déterminer si un acte illicite avait été commis et si les autres conditions du recours aux contre-mesures étaient satisfaisantes, ne donne lieu à des controverses pouvant elles-mêmes déboucher sur de nouveaux actes illicites, situation d'autant plus regrettable que l'on ne pouvait pas exclure la possibilité qu'aucun acte illicite n'ait été commis au départ.

55. En ce qui concerne l'article 12, on a souligné la nécessité de trouver un juste équilibre entre la prétention légitime de l'État lésé d'obtenir réparation à raison du préjudice subi (illicitement) et le souci de protéger l'État présumé fautif contre toute action intempestive ou arbitraire de la part de l'État qui s'estimerait lésé. On a fait valoir que, tant que l'existence du fait illicite n'aurait pas été constatée de manière objective, il serait plus juste et réaliste de laisser à l'État présumé fautif le choix de la procédure de règlement, afin que celui-ci n'ait pas l'impression de subir un diktat. On a jugé qu'à cet égard le libellé que le Comité de rédaction avait proposé en 1993 était satisfaisant, mais qu'au lieu de laisser à l'État présumé fautif la possibilité de choisir la procédure de règlement, il faudrait lui en donner le droit. L'État lésé s'en trouverait lui aussi protégé puisqu'il pourrait appliquer des contre-mesures aussi longtemps que l'État présumé fautif n'offrirait pas de régler le différend à l'amiable. À ce propos, on a fait observer que le projet d'article ne prenait pas en compte les divers mécanismes de règlement des différends prévus par le droit international : tout en stipulant que l'intervention d'une tierce partie dans les procédures de règlement constituait un préalable aux contre-mesures, le Comité de rédaction avait omis de mentionner la négociation, qui était pourtant la procédure de règlement à l'amiable la plus directe et la plus efficace.

56. La question de savoir s'il fallait prévoir, à l'article 12, le recours à des "mesures conservatoires" a suscité des opinions divergentes. Selon un représentant, l'État lésé devrait être autorisé à prendre de telles mesures afin de protéger ses intérêts en attendant que la procédure de règlement arrive à son terme. Pour un autre représentant, le fait de ranger les "mesures conservatoires" dans une catégorie distincte risquait de prêter à confusion : on pourrait en effet en conclure que ces mesures comprennent le droit, prévu à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de dénoncer un traité ou d'en suspendre l'application, alors que cette faculté relève des "mesures de protection" établies par une règle primaire du droit des traités et n'ont rien à voir avec les règles secondaires découlant d'un régime de responsabilités des États. De plus, selon le même représentant, la notion de mesures conservatoires comportait un élément subjectif, à savoir leur caractère "raisonnable", qui, dans la pratique, ne permettait pas de la distinguer de la notion de contre-mesures.

57. Touchant l'article 13, qui a été jugé d'une importance primordiale en ce sens qu'il définissait les critères de la licéité des contre-mesures, on a estimé que son libellé actuel était un peu trop général et qu'il faudrait le remanier de sorte que tout régime conventionnel spécialisé puisse réglementer les contre-mesures qui seraient prises en cas de violation de ses dispositions. On a par ailleurs fait observer ce qui suit : 1) on devrait systématiquement examiner l'article 13 en le rapprochant de l'article 14, puisque les contre-mesures énumérées à l'article 14 étaient en fait des mesures disproportionnées par rapport à l'infraction initiale; 2) il faudrait incorporer dans le texte une disposition stipulant que l'obligation enfreinte par l'État lésé soit, autant que possible, la même obligation ou le même type d'obligation que celle dont l'État auteur du fait internationalement illicite ne se serait pas acquitté.

58. Un représentant a jugé que l'article 14 était incomplet et un autre qu'il risquait de créer des difficultés. Le premier représentant a proposé d'y inclure les éléments suivants : 1) une liste exhaustive des contre-mesures interdites; 2) une disposition interdisant expressément à l'État lésé de commettre, lorsqu'il recourt à des contre-mesures, tout acte qualifié de crime à l'article 19 de la première partie du projet d'articles. Le second représentant a fait observer que le libellé actuel visait à interdire certaines actions quel que soit l'acte initial commis par l'État fautif, ce qui pouvait avoir des conséquences inacceptables. En effet, si l'État fautif exerçait une contrainte économique ou politique extrême portant atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État lésé (par exemple, en imposant des sanctions économiques interdisant l'importation de produits de première nécessité), ce dernier n'aurait pas le droit de recourir à des mesures du même ordre pour tenter de lever les contraintes auxquelles il est soumis. De même, en vertu de l'article 14, si un État saisissait les locaux diplomatiques d'un autre État, ce dernier ne pourrait pas riposter en usant du même procédé à l'encontre de l'État fautif. Le même représentant a fait valoir que l'article 13 (proportionnalité) rendait l'article 14 superflu, puisqu'il stipulait que les contre-mesures ne devaient pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait initial, ni de ses effets.

E. RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES
PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT
PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

1. Observations générales sur la façon d'aborder le sujet

59. De nombreux représentants se sont déclarés satisfaits des progrès réalisés par la Commission sur ce sujet à sa dernière session. Ils ont noté que, malgré la complexité des questions en jeu, la Commission avait été en mesure de présenter une série complète d'articles bien structurés et équilibrés sur la prévention des dommages transfrontières pouvant découler d'activités à risque, et que les articles adoptés jusqu'à présent tenaient dûment compte de l'interdépendance entre l'économie et l'écologie, et notamment des implications écologiques transfrontières de certaines activités économiques. Ils sont également convenus que les principes du droit international mettaient des obligations à la charge des États dont les activités causaient un dommage à l'environnement dans d'autres États, et ont reconnu l'importance pour les travaux de la Commission du principe solidement établi sic utere tuo ut alienum non laedas. On a en outre noté que les États eux-mêmes s'efforçaient de déterminer comment faire face aux situations découlant d'activités qui n'étaient pas interdites par le droit international, comme le montraient les textes élaborés par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. On a aussi fait observer que la multiplication des activités impliquant l'utilisation de matières ou substances dangereuses susceptibles d'avoir un impact transfrontière conférait une importance particulière aux travaux de la Commission, et qu'il était essentiel de mettre en place des mécanismes propres à prévenir les conséquences possibles de l'utilisation de matières dangereuses ou à remédier à ces conséquences si la prévention avait échoué.

a) Intitulé du sujet

60. Certaines critiques ont été exprimées concernant l'intitulé du sujet. De l'avis d'un représentant, il était trompeur pour plusieurs raisons. Premièrement, la version anglaise parlait d'"acts", alors que les projets d'articles provisoirement adoptés par la Commission visaient en fait des activités. Deuxièmement, il mettait l'accent sur la responsabilité (liability), notion qui ne recouvrait normalement pas la prévention des activités dommageables, mais les réparations financières ou autres auxquelles de telles activités donnaient lieu. Troisièmement, il parlait des conséquences préjudiciables découlant d'activités qui n'étaient pas interdites par le droit international, lesquelles activités ne se limitaient pas nécessairement à celles qui comportaient un risque de causer un dommage transfrontière, mais pouvaient aussi englober, dans certaines conditions, des activités qui causaient effectivement un tel dommage. Or, la Commission avait décidé de ne traiter que de la première catégorie d'activités. Quatrièmement, l'intitulé embrassait toutes les activités qui n'étaient pas interdites par le droit international, alors qu'il ressortait clairement des articles provisoirement adoptés par la Commission que les activités en question ne pouvaient pas toutes être considérées comme n'étant pas interdites par le droit international. Selon ce même représentant, ce dont il s'agissait réellement dans le cadre du sujet à l'examen n'était pas les "activités qui ne sont pas interdites par le droit international", puisqu'il n'y avait pas à prévenir les conséquences

préjudiciables des activités de cette nature, mais les activités qui n'étaient pas illicites per se au regard du droit international. En d'autres termes, le sujet visait les activités qui, selon les effets dommageables extraterritoriaux qu'elles pouvaient avoir ou qu'elles avaient effectivement, et selon les conditions dans lesquelles elles étaient menées, pouvaient être soit licites soit illicites en droit international positif. À cet égard, on a également émis l'avis que les activités envisagées dans les projets d'articles provisoirement adoptés n'étaient pas interdites par des règles primaires du droit international, si bien que le libellé général de l'intitulé était fautif tout comme le texte de l'article premier intitulé "Champ d'application des présents articles". Une autre délégation a fait valoir que, suivant l'approche qu'on adoptait au départ, les conclusions auxquelles on aboutissait étaient différentes. Ce n'était pas la même chose de dire que le dommage transfrontière était causé par une activité illicite et de dire que l'obligation de réparer n'existait que si l'on avait prévu la responsabilité sans faute.

b) Rapport entre le sujet et celui du droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation

61. On a fait observer que le sujet englobait la prévention et l'atténuation des effets transfrontières dommageables associés à l'utilisation des cours d'eau internationaux. Or, la question était déjà en grande partie traitée dans le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Ce fait en lui-même n'enlevait pas tout intérêt au projet d'articles sur la responsabilité, dans la mesure où celui-ci visait également des activités dommageables qui n'avaient rien à voir avec les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Il fallait, toutefois, veiller soit à éviter des disparités évidentes entre les deux projets d'articles, soit inclure des dispositions précisant expressément leurs rapports au cas où ils entreraient en conflit.

c) La situation des pays en développement

62. Certains représentants ont déclaré craindre que les pays en développement ne soient en situation d'infériorité pour évaluer ou suivre les activités comportant un risque de causer un dommage transfrontière, et ont indiqué qu'ils aimeraient voir inclure dans le chapitre consacré aux dispositions générales un article concernant cette question. À cet égard, on a suggéré que la Commission explore également la possibilité de conférer un rôle positif aux organisations internationales dans le régime juridique proposé. On s'est demandé si les autorisations préalables, les contrôles, etc., prévus dans le projet d'articles n'allaient pas à contre-courant de la déréglementation des activités commerciales du secteur privé qui était une idée qui faisait son chemin partout dans le monde, y compris dans les pays en développement. De telles réglementations par les pouvoirs publics risquaient de dissuader le secteur privé de se lancer dans certaines activités manufacturières ou commerciales qui étaient essentielles au développement économique des États.

2. Observations sur les articles adoptés à la quarante-sixième session de la Commission

63. En règle générale, les articles sur la prévention adoptés jusqu'à présent par la Commission ont été considérés comme bien équilibrés et conformes aux principes généraux du droit international et à l'évolution de la pratique de l'Organisation des Nations Unies. On a souligné que l'objet du projet d'articles était d'établir un juste équilibre entre le droit souverain de l'État d'origine d'utiliser, de mettre en valeur et d'exploiter ses ressources naturelles et son obligation d'exercer ce droit de façon à ne pas causer de dommages significatifs à d'autres États. On a également déclaré partager l'opinion de la Commission selon laquelle il fallait déterminer avec plus de précision quel type d'activité entrait dans le champ d'application du projet d'articles. Selon un avis, toutefois, il suffisait qu'une activité comporte un risque de causer un dommage transfrontière pour qu'elle entre dans le champ d'application du projet d'articles.

64. On a souligné qu'il fallait prendre dûment en considération dans la conception du mécanisme de prévention les intérêts des États qui risquaient de subir les conséquences préjudiciables d'activités dangereuses menées sur le territoire d'un autre État. À cet égard, on a estimé que la notification, l'échange d'informations et les consultations préalables, prévus dans le projet d'articles, constituaient des éléments indispensables du régime de prévention. On a fait observer qu'il était tout à fait raisonnable qu'un État susceptible d'être affecté par une activité dangereuse soit informé de cette possibilité et puisse non seulement faire valoir son point de vue mais aussi adopter des mesures préventives unilatérales pour faire face aux effets éventuels de cette activité sur son territoire.

65. On a déclaré que de tous les articles approuvés par la Commission à sa quarante-sixième session, l'article premier était probablement le plus important, car il posait clairement que le projet d'articles s'appliquait uniquement aux activités qui comportaient un risque de causer un dommage transfrontière significatif. De l'avis d'un représentant, la définition de l'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" figurant à l'alinéa a) de l'article 2 énonçait un critère adéquat pour comprendre cette expression. Selon ce représentant, elle n'éliminait peut-être pas totalement l'élément subjectif, mais il fallait espérer que les États concernés interpréteraient l'alinéa a) de l'article 2 de manière à ne pas compromettre le régime établi. Selon un autre représentant, l'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" semblait quelque peu tautologique et devrait être remplacée par la définition du terme "significatif" figurant au paragraphe 4) du commentaire, qui était de loin préférable. On a rappelé à cet égard que, conformément au commentaire, le terme "significatif" devait s'entendre d'un dommage qui était plus que détectable mais sans être nécessairement grave ou substantiel. On a émis l'avis qu'en espagnol, l'adjectif "significativo" rendait mieux le terme "significatif" que l'adjectif "sensible".

66. On a également noté que conformément à l'article premier, l'application des articles dépendait notamment de l'existence d'activités comportant un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences

physiques et que la détermination de l'existence d'un tel risque revêtait donc une importance cruciale. Cette existence ne devait être laissée à l'appréciation unilatérale ni de l'État d'origine ni de l'État affecté.

67. En ce qui concerne l'article 11, relatif à l'autorisation préalable, on a déclaré qu'il faudrait envisager une disposition prévoyant le retrait et le renouvellement de l'autorisation. Selon une autre délégation, la deuxième phrase, en particulier en ce qui concerne la périodicité de l'autorisation, nécessitait des éclaircissements.

68. S'agissant de l'article 12, certains représentants ont noté que la majorité des membres de la Commission étaient partisans de laisser à la législation de l'État procédant à l'évaluation le soin de définir dans le détail quel devait en être le contenu. On a fait observer que le rôle de l'État dans l'évaluation des risques devait être précisé. De l'avis d'un représentant, ce rôle devait consister en une intervention directe dans le processus d'évaluation, car il serait inacceptable que l'évaluation soit effectuée par le seul exploitant; la participation de l'État apporterait une certaine garantie d'impartialité. Enfin, un représentant a estimé que l'article 12 était incomplet du fait qu'il ne traitait pas des résultats de l'évaluation ni des considérations qui devaient guider les autorités compétentes de l'État d'origine une fois les résultats connus.

69. Une délégation a critiqué l'article 13 au motif qu'il n'indiquait pas qui serait responsable d'un dommage causé par une activité non autorisée. Selon cette même délégation, l'exploitant devait être tenu de cesser l'activité comportant un risque et de demander l'autorisation nécessaire, jusqu'à l'obtention de laquelle c'était l'exploitant, et non l'État, qui serait responsable, à moins que l'État n'ait omis d'inscrire dans sa législation l'obligation d'obtenir une autorisation préalable, ou n'ait pas exercé la diligence voulue pour s'assurer que l'autorisation avait été obtenue.

70. On a fait valoir que l'article 14 devait être placé en tête du chapitre II, car c'était lui qui établissait le fondement des obligations de l'État d'origine. En outre, les mesures prises après la survenance de l'accident ne devaient pas être envisagées dans le cadre de la prévention, mais dans celui des mesures correctives, et les États devaient veiller à ce que les mesures voulues soient non seulement adoptées mais aussi mises en oeuvre. Certains représentants ont estimé que la notion de "due diligence" consacrée à l'article 14, qui posait l'obligation de prévenir le risque ou de le réduire au minimum, était appropriée et solidement établie en droit international. Un représentant s'est toutefois demandé si l'on pouvait considérer que l'obligation énoncée à l'article 14 s'imposait vraiment à l'État d'origine, puisqu'il semblait que les États concernés pouvaient s'y soustraire s'ils arrivaient à trouver une solution acceptable conformément aux articles 18 et 20. Un autre représentant a souligné que la notion de "due diligence" ne devait pas être interprétée de façon étroite comme on l'avait fait, à son avis, dans le cas de l'article 7 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Selon ce même représentant, quelle que soit la justification d'une telle limitation de l'obligation dans le cas des cours d'eau, elle ne saurait en aucun cas être applicable aux activités dont on savait qu'elles comportaient un risque de

causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences matérielles, ce dont la Commission devrait tenir compte dans ses travaux futurs sur les conséquences préjudiciables et au moment de déterminer quelles seraient les conséquences juridiques pour les États dans une situation où la prévention échouerait et où un dommage se produirait effectivement.

71. On a suggéré de fusionner l'article 15 avec les articles 16 et 16 bis, ces trois dispositions ayant trait à divers aspects du même sujet, à savoir la notification et l'information, l'échange d'informations et l'information du public.

72. En ce qui concerne l'article 16 bis, on a souligné que même si, à proprement parler, on pouvait voir dans l'information du public une question purement interne, l'information à fournir devait être considérée comme présentant un intérêt international, les intérêts vitaux de la population susceptible d'être affectée par le dommage étant en jeu. En conséquence, l'obligation faite aux États de communiquer des informations concernant les activités, les risques qu'elles comportaient et le dommage qui pouvait en résulter ne devait pas être limitée, comme c'était le cas actuellement à l'article 16 bis, à leur propre population, mais devait s'étendre à toute population susceptible d'être affectée par les activités en question.

73. En ce qui concerne l'article 17, un représentant, tout en appuyant pleinement la dérogation pour les motifs touchant la sécurité nationale, a invité la Commission à creuser la question de savoir s'il convenait de conserver la dérogation prévue dans l'intérêt de la protection des secrets industriels et, dans l'affirmative, dans quelles conditions. Un autre représentant a souligné que la "sécurité nationale" ne devait pas servir de prétexte pour cacher des informations ou refuser de coopérer.

74. Au sujet des articles 18 et 20, on a noté que les États concernés étaient tenus d'engager des consultations en vue de parvenir à des solutions acceptables, fondées sur un juste équilibre des intérêts, concernant les mesures à adopter pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif. On a fait observer que si les consultations ne permettaient pas d'aboutir à une solution concertée, l'État d'origine devait néanmoins tenir compte des intérêts des États susceptibles d'être affectés et pouvait poursuivre l'activité à ses propres risques, sans préjudice de la faculté qu'avait tout État refusant son accord de se prévaloir des droits qui pouvaient lui être reconnus en vertu des articles adoptés par la Commission ou à un autre titre. À cet égard, on s'est demandé quelle était la relation entre l'obligation de tenter de parvenir à une solution fondée sur un juste équilibre des intérêts et l'obligation de "due diligence" consacrée à l'article 14, compte tenu du fait que l'obligation de "due diligence" reposait non pas sur l'équilibre des intérêts mais sur d'autres considérations. Nonobstant ce qui précède, l'article 18 a été considéré par plusieurs représentants comme l'une des dispositions les plus importantes dans le domaine des mesures préventives et comme posant, de façon juste et équitable, le minimum requis pour assurer la prévention d'un dommage transfrontière. S'agissant expressément du paragraphe 3, on a noté qu'il interdisait à un État qui poursuivait une activité dans les circonstances visées à l'article 18 de prétendre, en cas de dommage,

qu'il n'avait pas conscience des préoccupations exprimées par d'autres États concernant ladite activité et ses conséquences possibles.

75. En ce qui concerne l'article 19, on a proposé d'ajouter, à la première ligne du paragraphe 1, les mots "visée à l'article premier" après le mot "activité", selon le modèle du paragraphe 2, ou, à défaut, d'inclure une définition du terme "activité" à l'article premier. On a également demandé ce qui se passerait en cas de divergence d'opinions sur le point de savoir si les activités en question étaient ou non couvertes par l'article premier. S'agissant du paragraphe 2, on a émis l'avis que s'il était raisonnable d'attendre de l'État qui avait nié l'existence d'un risque qu'il prenne à sa charge une part équitable du coût de l'évaluation, on pouvait aussi, comme indiqué au paragraphe 8 du commentaire, envisager la situation dans laquelle l'État d'origine avait cru honnêtement que l'activité ne comportait aucun risque de dommage transfrontière significatif, auquel cas, il ne devrait pas être tenu de partager les frais de l'évaluation.

76. L'article 20, qui précisait ou énumérait les facteurs à prendre en considération pour parvenir à un juste équilibre des intérêts, a été considéré comme présentant une utilité pratique pour les États impliqués dans des activités comportant un risque de dommage transfrontière. On a noté que les facteurs énumérés à l'alinéa c) (le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existait des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, ou de rendre l'environnement à sa condition première) ne devaient pas être dissociés du facteur a) (le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existait des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum ou de réparer le dommage), mais devaient en faire partie intégrante, afin que l'atteinte à l'environnement soit englobée dans la notion de dommage. On a également fait observer qu'on voyait mal pourquoi un État d'origine devrait subordonner ses normes de protection de l'environnement d'un autre État aux normes de protection que cet autre État appliquait sur son propre territoire : la question se posait non seulement dans le cas où les effets dommageables des activités étaient cantonnés à l'intérieur du territoire de l'autre État, mais aussi, et surtout, dans les cas où ils s'étendaient à des États tiers, car si un État causait un dommage à l'environnement, cela ne devait pas servir d'excuse à un autre État pour faire de même. On a noté que l'un des facteurs à prendre en compte pour parvenir à un juste équilibre des intérêts était la mesure dans laquelle les États susceptibles d'être affectés étaient disposés à contribuer aux coûts des mesures de prévention. À cet égard, on s'est demandé comment ce facteur pouvait être concilié avec le principe "pollueur-payeur" qui théoriquement faisait peser l'entière responsabilité du dommage sur le pollueur, à l'exclusion de l'État.

3. Possibilités s'offrant à la Commission

77. Selon un point de vue, les projets d'articles concernant la prévention constituaient d'ores et déjà la base d'un tout cohérent et autonome; nul n'était donc besoin d'ajouter des dispositions spéciales sur la responsabilité internationale dans le même instrument, d'autant plus que les activités qui en fait causaient un dommage dans leur déroulement normal pouvaient être couvertes par le régime de prévention défini dans les articles, pourvu que le dommage soit prévisible. De plus, rien n'empêchait la Commission d'ajouter des articles sur

la prévention ex post pour compléter le sujet des mesures préventives. On a fait valoir que si l'on attendait l'achèvement des travaux sur la responsabilité internationale pour prendre une décision sur l'avenir de tous les articles, l'entreprise dans son ensemble risquait de se trouver dépassée du fait des travaux réalisés ailleurs. Il fallait que les résultats très appréciables auxquels avait abouti la Commission soient utilisés dans la pratique au bénéfice de la communauté internationale, et la Commission a donc été encouragée à mener à terme ses travaux sur les mesures préventives.

78. Selon un autre point de vue, il était regrettable que la Commission, qui avait axé ses efforts sur la question centrale de la prévention, semble peu disposée à aborder une autre question tout aussi centrale, à savoir celle de la responsabilité pour les activités dangereuses, au motif que la question était simple et que les règles générales du droit international étaient applicables. On a dénoncé l'illogisme de cette approche en faisant valoir que si les règles générales du droit international s'appliquaient, il devrait être possible de les énoncer. On a également fait valoir que cette approche n'allait pas dans le sens de la pratique antérieure de la Commission qui avait été d'étoffer des domaines du droit initialement perçus comme relativement simples : les relations diplomatiques, le droit des traités et le droit de la mer étaient des exemples de domaines dans lesquels le droit avait été précisé et développé. La Commission et la communauté internationale ont donc été exhortées à ne pas manquer l'occasion unique qui leur était offerte de clarifier le droit relatif à une question aussi essentielle que la responsabilité et, le cas échéant, d'en assurer le développement progressif. On a fait observer à cet égard que le principe sic utere tuo ut alienum non laedas mettait à la charge des États l'obligation de réparer le préjudice causé à d'autres États même en l'absence de tout fait internationalement illicite, et on a déploré que la Commission, sous prétexte qu'une telle approche ne correspondrait pas à la pratique actuelle des États et irait trop loin dans le développement du droit international, ait axé son action sur les mesures de prévention au détriment de la responsabilité proprement dite, qui était pourtant au coeur du sujet. Dans le même ordre d'idées, on a déclaré craindre que le plan de travail décidé en 1992 n'aboutisse à ce que la responsabilité proprement dite, comprise comme l'obligation générale de réparer le dommage causé, ne soit pas traitée dans le projet d'articles.

79. Commentant également le plan de travail susmentionné, un représentant a déploré que la prochaine étape des travaux sur le sujet soit les "mesures correctives", car cela pouvait impliquer que seule devait être examinée la question de l'indemnisation du dommage subi dans les cas où une mesure préventive n'avait pas été prise. Une telle approche serait inadéquate, car elle ne tiendrait pas compte de ce qui devait être fait, soit par un élargissement des règles traditionnelles régissant l'indemnisation par un État des dommages qui lui étaient imputables, soit par d'autres modalités, pour indemniser ceux qui avaient subi un dommage transfrontière substantiel dans des situations où il était impossible d'établir s'il y avait ou non eu faute.

80. Le même représentant, après avoir rappelé que les règles traditionnelles régissant la responsabilité des États prévoyaient une indemnisation dans deux types de cas seulement - a) lorsque le dommage transfrontière résultait d'une faute imputable à l'État d'origine ou b) lorsque cet État avait accepté, préalablement à tout dommage, le principe de l'indemnisation dès lors qu'il

serait prouvé qu'une activité menée sur son territoire avait causé un dommage transfrontière, qu'il y ait ou non eu faute – a noté que les membres de la Commission n'avaient pu jusqu'ici se mettre d'accord sur deux questions fondamentales : s'il était possible de conclure que l'indemnisation serait obligatoire au moins dans certains cas de dommages transfrontières, même lorsque la preuve d'une faute ne pouvait être rapportée, ou s'il fallait inscrire dans le droit international une règle générale à cet effet. Estimant pour sa part qu'il fallait répondre à ces deux questions par l'affirmative, il jugeait préoccupante l'absence de consensus à ce propos à la Commission.

81. Pour les raisons exprimées dans le paragraphe précédent, on a suggéré que la Commission réexamine et définisse avec plus de précision ses objectifs futurs avant que le Comité de rédaction n'entreprenne l'élaboration de projets de dispositions sur la responsabilité. Un tel réexamen, a-t-on déclaré, ne serait possible que si la Commission était pleinement informée des nouveautés intervenues dans le domaine du droit international de l'environnement, notamment : a) les dispositions pertinentes des traités concernant les dommages transfrontières et les diverses procédures d'indemnisation qui y étaient proposées; b) les textes législatifs promulgués dans un certain nombre de pays qui prescrivaient une indemnisation, qu'il soit ou non établi qu'il y avait eu faute et prévoyaient des procédures à cet effet, et les amendements qu'il était proposé d'apporter à ces textes compte tenu de l'expérience acquise; et c) les études réalisées par des organisations intergouvernementales sur les meilleurs moyens d'octroyer une indemnisation pour les dommages causés à l'environnement. À cet égard, l'attention a été appelée sur une étude de la pratique des États et des législations nationales réalisée dans les années 80 à la demande de la Commission par le Bureau des affaires juridiques. On a estimé que des études analogues dans certains des domaines touchant particulièrement à la responsabilité seraient d'un grand profit pour les travaux de la Commission.

4. Observations sur le dixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/459)

82. Concernant la prévention ex post, certains représentants ont estimé qu'il était essentiel d'envisager les mesures à adopter après la survenance d'un accident afin d'en réduire au minimum les effets dommageables transfrontières. Il fallait adopter des dispositions concernant ces mesures, et celles-ci devaient être obligatoires pour l'État d'origine même si le dommage avait été causé par les activités de parties privées. L'expression "mesures de lutte" préconisée par le Rapporteur spécial a été considérée comme la plus logique et la plus parlante : on a fait observer à cet égard que les mesures de lutte ne relevaient pas de la réparation et n'étaient pas non plus à proprement parler préventives car elles n'avaient lieu d'être qu'une fois que l'accident s'était produit; il s'agissait en fait d'actions d'urgence spécifiques. On s'est demandé s'il était préférable de parler de "mesures appropriées" ou de "mesures raisonnables" pour qu'il soit clair qu'il s'agissait de mesures ayant pour objet de limiter aussi bien la gravité que l'extension des dommages transfrontières.

83. Pour ce qui est de la responsabilité, certains représentants ont approuvé la démarche du Rapporteur spécial consistant à imposer une responsabilité primaire et objective à l'exploitant pour les dommages transfrontières causés par ses activités. À cet égard, le Rapporteur spécial a été invité à s'inspirer

des conventions en vigueur concernant la responsabilité civile des questions analogues. On a également suggéré, afin de permettre aux victimes innocentes d'activités comportant un risque de causer un dommage transfrontière significatif d'être pleinement indemnisées, d'envisager un système de responsabilité subsidiaire de l'État d'origine qui couvrirait la portion du dommage non indemnisée par l'exploitant. On a suggéré en outre d'envisager, selon la nature de l'activité concernée, la constitution d'un consortium d'États ou d'exploitants privés qui serait subsidiairement responsable.

84. On a fait observer que la question de la responsabilité était étroitement liée aux obligations de fond imposées aux États, en particulier à l'article 14 du projet d'articles, et que, pour l'examen de cette question, il fallait prendre en considération le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, notamment son article 7. Dans ce contexte, un représentant a souligné que le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm reflétait l'obligation imposée aux États par le droit coutumier de faire le nécessaire pour que leurs activités ne portent pas atteinte à l'environnement en dehors de leurs frontières – obligation qui n'était pas limitée par des formules telles que "prennent les dispositions appropriées" comme celle figurant à l'article 14 ou "prennent des mesures concrètes" comme celle figurant dans la Convention de 1982 sur le droit de la mer [art. 194 1)] – invoquée dans le commentaire sur l'article 7 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

85. On a en outre noté que la Commission avait considéré que l'obligation de ne pas causer de dommage transfrontière n'était pas une obligation de résultat – en d'autres termes, une obligation d'empêcher le dommage – mais uniquement une obligation de tenter d'empêcher le dommage selon le critère de la "due diligence". Une représentante a estimé que cette approche était sans doute généralement acceptable pour les mesures de prévention, mais que le critère de la "due diligence" ne pouvait pas être retenu en ce qui concerne toutes les mesures de prévention pour toutes les formes d'activité, et que, dans le cas des régimes conventionnels, un examen du contenu effectif des obligations assumées par les États révélerait que certaines d'entre elles étaient en fait des obligations de résultat. Cette même représentante a souligné que le projet d'article 14 posait qu'il fallait prendre les dispositions appropriées pour prévenir le risque de dommage transfrontière, mais que la situation qui prévaudrait dans le cas où un dommage se produirait effectivement n'était pas claire. À son avis, il était fâcheux de prévoir que si des mesures pouvaient être prises contre un exploitant privé, l'État dont relevait cet exploitant n'était responsable que s'il avait manqué à son obligation de "due diligence". En effet, dans une telle situation, l'État avait commis un fait illicite contraire à une obligation expresse dont la violation avait des conséquences clairement établies par le droit international. Elle a donc invité la Commission à ne pas oublier que, dans le cas d'activités licites d'un exploitant privé qui causaient un dommage transfrontière, les recours de droit privé contre l'exploitant privé étaient insuffisants.

86. Certains représentants ont déclaré ne pouvoir accepter la conclusion à laquelle aboutissait le Rapporteur spécial dans son dixième rapport, à savoir que le plus simple serait de ne mettre aucune forme de responsabilité sans faute

à la charge de l'État. La simplicité n'était pas le bon critère, l'objet d'un régime de responsabilité étant d'assurer la justice au profit des parties lésées. Au minimum, une responsabilité objective devait être imputée à l'État subsidiairement à la responsabilité de l'exploitant ou en tant que responsabilité résiduelle, car il était inacceptable de laisser sans indemnisation les victimes innocentes d'une activité ayant causé un dommage transfrontière parce qu'un exploitant privé opérant dans l'État d'origine n'avait pas les ressources financières nécessaires pour prendre en charge le coût de l'indemnisation du dommage. Notant que le Rapporteur spécial avait proposé plusieurs variantes traitant de la responsabilité de l'État dans cette situation, un représentant, tout en marquant sa préférence pour la variante qui mettait à la charge de l'État une responsabilité subsidiaire pour manquement à une obligation de prévention, a souligné que l'obligation de diligence et la responsabilité de l'État pour manquement à ses obligations de prévention ne devaient pas exclure la notion de responsabilité objective (sans faute) de l'État d'origine. Celui-ci devait être tenu à réparation même en l'absence de toute violation des règles de prévention. Dans ce cas aussi, la responsabilité de l'État revêtait un caractère résiduel, c'est-à-dire que la réparation du dommage transfrontière par l'État d'origine ne devait être exigée que si les mécanismes et procédures du régime de responsabilité civile n'avaient pas permis d'obtenir réparation.

87. D'autres représentants ont émis une mise en garde à cet égard. Ils ont souligné que la reconnaissance d'une responsabilité absolue des États pour les dommages causés par des activités licites, même conçue de manière résiduelle par rapport à la responsabilité de l'exploitant, constituerait un développement considérable du droit international que les États ne seraient peut-être pas disposés à accepter. Même si les États avaient accepté la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, le texte précisait en l'espèce que les activités spatiales étaient réservées aux seuls États, ce qui n'était pas nécessairement le cas de toutes les activités auxquelles pourrait s'appliquer le projet d'articles. On a donc recommandé, sans préjuger de la forme finale que revêtirait le projet d'articles, d'en faire un recueil de principes, comportant éventuellement des variantes, auquel les États pourraient se référer lorsqu'ils établiraient des régimes particuliers de responsabilité. Sans être contraignant, un tel recueil aurait le mérite de contribuer à unifier la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités licites, tout en rendant possible la diversité.

88. On a en outre fait les observations suivantes : 1) la possibilité de mettre en place des régimes d'assurances devrait être envisagée dans un esprit positif; 2) la définition de l'exploitant devrait couvrir l'entité – qu'il s'agisse d'une société, d'un groupe ou de toute autre personne – qui assume la responsabilité effective des orientations générales de l'entreprise; et 3) les règles proposées par le Rapporteur spécial concernant le tribunal compétent étaient satisfaisantes, dans la mesure où elles correspondaient aux principes généraux du droit international privé généralement acceptés.

5. Forme définitive du projet d'articles sur le sujet

89. Des délégations se sont prononcées pour l'élaboration d'un instrument contraignant mais, pour d'autres, il n'était pas nécessaire que l'instrument qui

/...

serait finalement adopté prenne la forme d'une convention. Les activités en question affectant principalement, sinon exclusivement, des États voisins, on devrait envisager d'élaborer des directives qui serviraient de cadre à des accords régionaux. Dans le même ordre d'idées, un représentant a estimé que s'il était encore trop tôt pour conclure que le sujet était prêt à être codifié sous la forme d'un traité international, le travail réalisé par la Commission fournissait de précieuses directives pour la pratique des États.

F. AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

90. En ce qui concerne les méthodes de travail de la Commission, il a été remarqué que l'allongement des délais accordés au Comité de rédaction et la création de différents groupes de travail s'étaient révélés être d'excellentes initiatives. Il a été souligné en particulier que la pratique, adoptée depuis quelques années, consistant à établir des groupes de travail présentait l'avantage d'accélérer les échanges de vues, ce qui signifiait que l'examen d'une question avait plus de chance d'être terminé dans des délais raisonnables. On a conclu que cette pratique devait donc être conservée. Par exemple, la question de la responsabilité des États pourrait utilement être étudiée par un groupe de travail à la session suivante de la Commission.

91. La Commission a en outre été encouragée à continuer d'indiquer dans ses rapports les points particuliers sur lesquels elle souhaitait obtenir les vues des gouvernements, cette procédure ayant jusqu'à présent donné d'excellents résultats.

92. On a exprimé l'espoir que la Commission poursuivrait ses efforts pour revoir ses méthodes de travail afin de mener à bien son programme de travail avant la fin du mandat de ses membres.

93. Plusieurs délégations ont salué la nomination de rapporteurs spéciaux pour deux sujets : "Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales" et "Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités". Les deux sujets ont été considérés comme présentant un intérêt pratique considérable. La Commission a été invitée à prendre pleinement en considération les pratiques et les intérêts de tous les pays lors de leur examen.

94. Concernant le deuxième sujet, il a été souligné que les principes du droit international relatifs aux réserves devaient être encore éclaircis. Il a été remarqué à cet égard que la Commission avait accompli un travail remarquable concernant la codification et le développement progressif du droit international relatif au droit des traités, et en particulier aux réserves aux traités.

95. Par ailleurs, des représentants se sont félicités de l'inscription à l'ordre du jour de la Commission du sujet intitulé "Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales". On a néanmoins fait observer que la codification et le développement progressif du droit en matière de succession d'États, tel qu'énoncé dans la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (1978) et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (1983), toutes deux fondées sur des projets élaborés par la Commission, n'avaient guère connu de succès dans la pratique contemporaine des États : aucune d'elles n'était

encore entrée en vigueur, alors même qu'elles régissaient des aspects fondamentaux de la succession d'États, y compris l'unification et la dissolution des États. Il ne fallait donc s'aventurer dans l'élaboration de nouveaux projets dans ce domaine qu'avec la plus grande prudence, d'autant que, selon la pratique actuelle des États, le droit d'un État d'accorder ou de refuser sa nationalité à une personne physique ou morale trouvait son origine dans la souveraineté de cet État sur son territoire et sur les personnes qui s'y trouvaient, étant entendu que les normes internationales établies en ce qui concerne le changement de nationalité et la double nationalité devaient être observées de manière non discriminatoire.

96. En ce qui concerne la contribution de la Commission à la Décennie des Nations Unies pour le droit international, l'idée consistant à éditer une publication qui contiendrait un certain nombre d'études établies par des membres de la Commission a été favorablement accueillie. L'Assemblée générale a été invitée à envisager de consacrer des crédits à l'édition de cette publication dans toutes les langues officielles de l'ONU.

97. Par ailleurs, on a appuyé l'opinion exprimée par la Commission aux paragraphes 398 et 399 de son rapport concernant la nécessité de continuer à établir des comptes rendus analytiques de ses séances. On a exprimé l'espoir que la rédaction de ces comptes rendus et leur publication dans le volume I de l'Annuaire de la Commission du droit international se poursuivraient.

98. Enfin, l'attention a été appelée sur l'importance du Séminaire de droit international et sur le rôle décisif des contributions volontaires sans lesquelles il ne pourrait être maintenu.
