RAPPORT
DE LA
COMMISSION DU DROIT
INTERNATIONAL
sur les travaux de sa quarante-troisième session

29 avril – 19 juillet 1991

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

DOCUMENTS OFFICIELS : QUARANTE-SIXIÈME SESSION

SUPPLÉMENT N° 10 (A/46/10)

NATIONS UNIES

34 p.

RAPPORT
DE LA
COMMISSION DU DROIT
INTERNATIONAL
sur les travaux de sa quarante-troisième session

29 avril – 19 juillet 1991

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

DOCUMENTS OFFICIELS : QUARANTE-SIXIÈME SESSION

SUPPLÉMENT N° 10 (A/46/10)

NATIONS UNIES

New York, 1991

NOTE

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

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

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit internutioncl, 1991.*

JSSN 025143589

[Original : anglais/arabe/chinois/ espagnol/français/russe]

[10 septembre 1991]

TABLE DES MATIERES

Chapitre			Paragraphes	Page
1.	INTRODUCTION		1 - 16	1
	A.	Composition de la Commission	2	1
	B.	Bureau	3 - 4	2
	C.	Comité de rédaction	5	2
	D.	Secrétariat	6	3
	E.	Ordre du jour	7 - 8	3
	F.	Description générale des travaux de la Commission à sa quarante-troisième session	9 - 16	4
II.	IMMUNITES JURIDICTIONNELLES DES ETATS ET DE LEURS BIENS		17 - 28	8
	A.	Introduction	17 - 24	8
	B.	Recommandation de la Commission	25 - 26	10
	C.	Hommage au Rapporteur spécial, M. Motoo Ogiso	27	10
	D.	Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens	28	11
		PARTIE 1. INTRODUCTION		11
		Article 1. Portée des présents articles		11
		Article 2. Expressions employées		12
		Article 3. Privilèges et immunités non affectés par les présents articles		35
		Article 4. Non-rétroactivité des présents articles		39

TABLE DES MATIERES (suite)

Chapitre		Paragraphes	Page
II. (suite)	PARTIE II. PRINCIPES GENERAUX		41
	Article 5. Immunité des Etats		41
	Article 6. Modalités pour donner effet à l'immunité des Etats		43
	Article 7. Consentement exprès à l'exercice de la juridiction		50
	Article 8. Effet de la participation à une procédure devant un tribunal		59
	Article 9. Demandes reconventionnelles		66
	PARTIE III. PROCEDURES DANS LESQUELLES LES ETATS NE PEUVENT PAS INVOQUER L'IMMUNITE'.....		74
	Article 10. Transactions commerciales		75
	Article 11. Contrats de travail		103
	Article 12. Dommages aux personnes ou aux biens		113
	Article 13. Propriété, possession et usage de biens		118
	Article 14. Propriété intellectuelle et industrielle		121
	Article 15. Participation à des sociétés ou autres groupements		126
	Article 16. Navires dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant..		130
	Article 17. Effet d'un accord d'arbitrage ...		142
	PARTIE IV. IMMUNITE DES ETATS A L'EGARD DES MESURES DE CONTRAINTE RN RELATION AVEC UNE PROCEDURE DEVANT UN TRIBUNAL .....a...		147
	Article 18. Immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte		148
	Article 19. Catégories spécifiques de biens..		156

TABLE DES MATIERES (suite)

Chapitre		Paragraphes	Page
II. (suite)	PARTIE V. DISPOSITIONS DIVERSES		160
	Article 20. Signification ou notification des actes introductifs d'instance . . .		160
	Article 21. Jugement par défaut		162
	Article 22. Privilèges et immunités en cours de procédure devant un tribunal..		165
III.	LE DROIT RELATIF AUX UTILISATIONS DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX A DES FINS AUTRES QUE LA NAVIGATION	29 - 59	167
	A. Introduction	29 - 34	167
	B. Examen du sujet à la présente session	35 - 58	168
	C. Hommage au Rapporteur spécial, M. Stephen C. McCaffrey	59	176
	D. Projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation		177
	1. Texte des articles adoptés provisoirement par la Commission en première lecture . . .		177
	2. Texte des projets d'articles 2, 10, 26 à 29 et 32, avec les commentaires y relatifs, adoptés provisoirement par la Commission à sa quarante-troisième session		189
IV.	PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SECURITE DE L'HUMANITE	60 - 176	216
	A. Introduction	60 - 66	216
	B. Examen du sujet à la présente session	67 - 175	218
	1. Examen du neuvième rapport du Rapporteur spécial	67 - 272	218
	a) Les peines applicables aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité	70 - 105	220

TABLE DES MATIERES (suite)

Chapitre		Paragraphes	Page
IV. (suite 3	i) Inclusion des peines dans le projet de code ou renvoi au droit interne des Etats	78 - 79	223
	ii) Peine unique ou peine pour chaque crime	80 - a2	224
	iii) Le type de peines applicables..	a3 - 98	225
	iv) Conclusions du Rapporteur spécial	99 - 105	231
	b) La compétence d'une cour pénale internationale	106 - 140	233
	i) Nature ou étendue de la compétence	114 - 117	238
	ii) Compétence matérielle	118 - 121	240
	iii) Attribution de la compétence . .	122 - 126	241
	iv) Autres aspects relatifs à la compétence	127 - 140	243
	c) L'exercice de l'action pénale (saisine de la cour)	141 - 165	248
	i) Les titulaires du droit d'entamer des poursuites	146 - 152	249
	ii) Les rôles respectifs d'une cour pénale internationale et du Conseil de sécurité en cas de crime d'agression ou de menace d'agression	153 - 165	251
	2. Décisions prises par la Commission au sujet des projets d'articles	166 - 175	256
C.	Hommage au Rapporteur spécial, M. Doudou Thiam .....a..	176	259
D.	Projet d'articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité		260
	1. Texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture		260

TABLE DES MATIERES (suite)

Chapitre		Paragraphes	Page
IV. (suite)	2. Texte des projets d'articles 3, 4, 5, il, 14, 19, 20, 21, 22 et 26, avec commentaires y relatifs et commentaire sur l'ensemble de la deuxième partie, adoptés à titre provisoire par la Commission à sa quarante-troisième session		273
V.	RESPONSABILITE INTERNATIONALE POUR LES CONSEQUENCES PREJUDICIABLES DECOULANT D'ACTIVITES QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL	177 - 259	303
	A. Introduction	177 - 180	303
	B. Examen du sujet à la présente session	181 - 259	304
	1. Questions générales	183 .. 197	305
	2. Questions particulières	198 - 259	311
	a) Questions particulières	198 - 201	311
	b) La nature de l'instrument	202 - 212	312
	c) Le champ d'application	213 - 221	315
	d) Les principes	222 - 253	318
	i) La prévention	227 - 235	321
	ii) L'indemnisation	236 - 259	324
	e) Espaces ne relevant pas des juridictions nationales (Global Commons)	254 - 259	330
VI.	RELATIONS ENTRE LES ETATS ET LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES	260 - 301	333
	A. Introduction	260 - 267	333
	B. Examen du sujet à la présente session	268 .. 301	335
VII.	RESPONSABILITE DES ETATS	302 - 322	352
	A. Introduction	302 - 307	352
	B. Examen du sujet à la présente session	308 - 322	356

TABLE DES MATIERES (suite)

Chapitre		Paragraphes	Page
VIII. (suite)	AUTRES DECISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION..	323 - 360	362
	A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	323 - 339	362
	B. Coopération avec d'autres organismes	340 - 342	366
	C. Autres activités de coopération liées aux travaux de la Commission	343 - 344	366
	D. Date et lieu de la quarante-quatrième session	345	366
	E. Représentation à la quarante-sixième session de 1 'Assemblée générale	346	367
	F. Séminaire de droit international	347 - 357	367
	G. Conférence commémorative Gilberto Amado	358 - 360	370
	Annexe		
	Rapport présenté au Groupe de planification par le Groupe de travail du Programme de travail à long terme		372

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

1. La Commission du droit international, créée en application de la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale, du 21 novembre 1947, a, conformément à son statut - joint en annexe à ladite résolution et modifié par la suite - tenu sa quarante-troisième session à son siège permanent de l'Office des Nations Unies à Genève, du 29 avril au 19 juillet 1991 La session a été ouverte par le Président de la quarante-deuxième session, M. Jiuyong Shi.

A. Composition de la Commission

2. La Commission était composée comme suit :

Le prince Bola Adesumbo AJIBOLA (Nigéria)
M. Husain AL-BAHARNA (Bahreïn)
M. Awn AL-KHASAWNEH (Jordanie)
M. Riyadh AL-QAYSI (Iraq)
M. Gaetano ARANGIO-RUIZ (Italie)
M. Julio BARBOZA (Argentine)
M. Juri G. BARSEGOV (Union des Républiques socialistes soviétiques)
M. John Alan BEESLEY (Canada)
M. Mohamed BENNOUNA (Maroc)
M. Boutros BOUTROS-GHALI (Egypte)
M. Carlos CALER0 RODRIGUES (Brésil)
M. Leonardo DIAZ GONZALEZ (Venezuela)
M. Gudmundur EIRIKSSON (Islande)
M. Laurel B. FRANCIS (Jamaïque)
M. Bernhard GRAEFRATH (Allemagne)
M. Francis Mahon HAYES (Irlande)
M. Jorge E. ILLUECA (Panama)
M. Andreas J. JACOVIDES (Chypre)
M. Abdul G. KOROMA (Sierra Leone)
M. Ahmed MAHIOU (Algérie)
M. Stephen C. McCAFFREY (Etats-Unis d'Amérique)
M. Frank X. NJENGA (Kenya)
M. Motoo OGISO (Japon)
M. Stanislaw PAWLAK (Pologne)
M. Alain PELLET (France)
M. Pemmaraju Sreenovasa RAO (Inde)
M. Edilbert RAZAFINDRALAMBO (Madagascar)
M. Emmanuel J. ROUCOUNAS (Grèce)
M. César SEPULVEDA-GUTIERHEZ (Mexique)
M. Jiuyong SHI (Chine)
M. Luis SOLARI TUDELA (Pérou)
M. Doudou THIAM (Sénégal)
M. Christian 'TOMUSCHAT (Allemagne)
M. Alexander YANKOV (Bulgarie)

B. Bureau

3. A ses 2205ème et 2206ème séances, tenues les 29 et 30 avril 1991, la Commission a élu le Bureau suivant :

Président :	M. Abdul G. Koroma
Premier Vice-Président :	M. John Alan Beesley
Deuxième Vice-Président :	M. César Sepulveda-Gutiérrez
Président du Comité de rédaction :	M. Stanislaw Pawlak
Rapporteur :	M. Husain Al-Baharna

4. Le Bureau élargi de la Commission était composé des membres du Bureau, des membres de la Commission l'ayant antérieurement présidée 1/ et des rapporteurs spéciaux 2/. Il était présidé par le Président de la Commission. A sa 2222ème séance, le 11 juin 1991, la Commission, agissant sur la recommandation du Bureau élargi, a constitué pour la session un groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail, ainsi que sa documentation, et de faire rapport sur ces sujets au Bureau élargi. Le Groupe de planification était composé comme suit :

M. John Alan Beesley (Président), le prince Bola Adesumbo Ajibola, M. Awn Al-Khasawneh, M. Riyadh Al-Qaysi, M. Gaetano Arangio-Ruiz, M. Julio Barboza, M. Leonardo Díaz González, M. Laurel B. Francis, M. Bemhard Graefrath, M. Jorge E. Illueca, M. Andreas J. Jacovides, M. Ahmed Mahiou, M. Frank X. Njenga, M. Stanislaw Pawlak, M. Emmanuel J. Roucounas, M. Christian Tomuschat.

Le Groupe étant un organe à composition non limitée, les autres membres de la Commission qui ont voulu participer à ses travaux ont été les bienvenus.

C. Comité de rédaction

5. A ses 2205ème et 2206ème séances, les 29 et 30 avril 1991, la Commission a nommé un comité de rédaction composé comme suit :

M. Stanislaw Pawlak (Président), M. Husain Al-Baharna, M. Awn Al-Khasawneh, M. Juri G. Barsegov, M. Mohamed Bennouna, M. Carlos Calero Rodrigues, M. Gudmundur Eiriksson,

---

1/ A savoir : M. Laurel B. Francis, M. Doudou Thiam, M. Alexander Yankov, M. Stephen C. McCaffrey, M. Leonardo Diaz González, M. Bernhard Graefrath et M. Jiuyong Shi.

2/ A savoir : M. Gaetano Arangio-Ruiz, M. Julio Barboza, M. Leonardo Diaz González, M. Stephen C. McCaffrey, M. Motoo Ogiso et M. Doudou Thiam.

M. Francis Mahon Hayes, M. Abdul G. Koroma, M. Stephen C. McCaffrey, M. Motoo Ogiso, M. Alain Pellet, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, M. Edilbert Razafindralambo, M. César Sepulveda-Gutiérrez, M. Jiuyong Shi et M. Luis Solari Tudela.

D. Secrétariat

6. M. Carl-August Fleischhauer, Secrétaire général adjoint, Conseiller juridique, a assisté à la session et y a représenté le Secrétaire général. M. Vladimir S. Kotliar, directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, remplissait les fonctions de secrétaire de la Commission et représentait le Secrétaire général en l'absence du Conseiller juridique. Mme Jacqueline Dauchy, directeur adjoint de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, remplissait les fonctions de secrétaire adjoint de la Commission. Mme Sachiko Kuwabara et M. Manuel Rama-Montaldo, juristes hors classe, exerçaient les fonctions de sous-secrétaire principal de la Commission, et Mme Mahnoush H. Arsanjani et M. Mpasi Sinjela, juristes, celles de sous-secrétaire.

E. Ordre du jour

7. A sa 2205ème séance, le 29 avril 1991, la Commission a adopté pour sa quarante-troisième session l'ordre du jour suivant :

1. Organisation des travaux de la session
2. Responsabilité des Etats
3. Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens
4. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité
5. Le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation
6. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international
7. Relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet)
8. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission
9. Coopération avec d'autres organismes
10. Date et lieu de la quarante-quatrième session
11. Questions diverses.

a. La Commission a examiné tous les points de son ordre du jour. Elle a tenu 48 séances publiques (2205ème à 2252ème). Le Comité de rédaction a tenu 55 séances, le Bureau élargi 2 séances et le Groupe de planification 6 séances.

F. Description générale des travaux de la Commission à sa quarante-troisième session

9. A sa quarante-troisième session, la Commission a beaucoup fait avancer trois points de son ordre du jour. Elle a achevé l'examen des "Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens" en adoptant définitivement une série de projets d'articles sur le sujet. Elle a en outre adopté à titre provisoire des séries complètes de projets d'articles sur deux autres sujets inscrits à son ordre du Jour, à savoir le "Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité" et le "Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation". Il y a lieu de rappeler qu'à sa quarante et unième session la Commission avait adopté à titre définitif des projets d'articles relatifs au statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, ainsi que des projets de protocoles facultatifs y relatifs. En d'autres termes, la Commission a, pendant le mandat de ses membres actuels, atteint les objectifs spécifiques qu'elle s'était fixés au début de ce mandat.

10. Pour ce qui est du sujet "Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens", la Commission, sur la base des recommandations du Comité de rédaction 3/, a adopté en deuxième lecture, comme il est dit au paragraphe 9, une série complète de projets d'articles sur le sujet. Elle a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recommander à l'Assemblée générale de convoquer une conférence internationale de plénipotentiaires pour étudier les projets d'articles et pour conclure une convention en la matière 4/.

11. Pour ce qui est du sujet "Le droit reiatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation", la Commission, comme il est dit au paragraphe 9, a adopté en première lecture une série

---

3/ Les recommandations du Comité de rédaction ont été examinées de la 2218ème à la 2221ème séance, du 4 au 7 juin 1991.

4/ Voir infra, chap. II.

complète de projets d'article6 sur le sujet. Elle a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de transmettre le projet aux gouvernements, par l'intermédiaire du Secrétaire général, pour commentaires et observations, en les priant d'adresser ces commentaires et observations au Secrétaire général avant le ler janvier 1993. Dans un premier stade, elle a examiné le septième rapport du Rapporteur spécial, M. Stephen C. McCaffrey (A/CN.4/436 et Corr.1 à 3) qui contenait en particulier un projet d'article intitulé "Expressions employées" 5/. La Commission a décidé de renvoyer ce projet d'article au Comité de rédaction. La Commission, sur reconunandation du Comité de rédaction 6/, a ensuite adopté à titre provisoire les articles 2 (Expressions employées), 10 (Rapport entre les utilisations), 26 (Gestion), 27 (Régulation), 28 (Installations), 29 (Cours d'eau internationaux et installations en période de conflit armé) et 32 (Non-discrimination). Toujours sur recommandation du Comité de rédaction, la Commission a adopté des versions révisées des articles adoptés à titre provisoire à des sessions antérieure6 7/.

12. Pour ce qui est du "Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité", la Commission a adopté en première lecture, comme il est dit au paragraphe 9, une série complète de projets d'articles sur le sujet. Elle a décidé, conformément aux article6 16 et 21 de son statut, de transmettre le projet aux gouvernements, par l'intermédiaire du Secrétaire général, pour commentaires et observations, en les priant d'adresser ces commentaires et observations au Secrétaire général avant le ler janvier 1993. Dans un premier stade, elle a examiné le neuvième rapport du Rapporteur spécial, M. Doudou Thiam (A/CN.4/435 et Add.1 et Corr.1) qui contenait un projet d'article sur les peines applicables 8/. La Commission a décidé de renvoyer ce projet d'article au Comité de rédaction. Ensuite, la Commission,

---

5/ Le rapport a été examiné de la 2215ème à la 2218ème séance, du 24 mai au 4 juin 1991.

6/ Les recommandations du Comité de rédaction ont été examinées de la 2228ème à la 2231ème séance, du 21 au 27 juin 1991.

7/ Voir infra, chap. III.

8/ Le rapport a été examiné de la 2207ème à la 2214ème séance, du 14 au 24 mai 1991.

sur reconunandation du Comité de rédaction 9/, a adopté à titre provisoire : i) les articles 3 (Responsabilité et sanction), 4 (Mobiles) et 5 (Responsabilité des Etats) correspondant à l'article 3 initialement adopté; ii) les articles 11 (Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur) et 14 (Faits justificatif6 et circonstances atténuantes); iii) les articles 19 (Génocide), 20 (Apartheid), 21 (Violations systématiques et massives des droit6 de l'homme), 22 (Crimes de guerre) et 26 (Dommages délibérés et graves à l'environnement). Toujours sur recommandation du Comité de rédaction, la Commission a adopté des versions révisées des articles qui avaient été adoptés à titre provisoire à des sessions précédente6 10/.

13. Le sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciable6 découlant d'activité6 qui ne sont pas interdites par le droit international" a été examiné par la Commission sur la base du septième rapport du Rapporteur spécial, M. Julio Barboza (A/CN.4/437 et Corr.1) 11/. Le rapport reprenait les principaux problémes posés par le sujet, afin de recenser les zones où un accord s'était dégagé à la Commission et de faciliter les travaux 12/.

14. Le sujet "Relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet)" a été examiné par la Commission sur la base des cinquième et sixième rapporta du Rapporteur spécial, M. Leonardo Díaz González 13/. Le cinquième rapport (A/CN.4/438 et Corr.1 (anglais seulement)) contenait, entre autres, cinq projeta d'articles, à savoir l'article 12 (relatif aux archives) et les articles 13 à 16 (relatifs aux facilités en matière de publications et communications). Le sixième rapport (A/CN.4/439) contenait cinq projeta d'articles, à savoir

---

9/ Les recommandations du Comité de rédaction ont été examinées de la 2236ème à la 2241ème séance, du 5 au 12 juillet 1991.

10/ Voir infra, chap. IV.

11/ Ce sujet a été examiné de la 2221ème à la 2228ème séance, du 7 au 21 juin 1991.

12/ Voir infra, chap. V.

13/ Le sujet a été examiné de la 2232ème à la 2236ème séance, du 27 juin au 5 juillet 1991.

les articles 18 à 22 (relatifs aux immunités fiscales et aux franchises douanières). La Commission a décidé de renvoyer tous les articles au Comité de rédaction 14/.

15. Pour ce qui est du sujet "Responsabilité des Etats", la Commission a entendu la présentation qui été faite par le Rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, de son troisième rapport (A/CN.4/440 et Add.1) 15/. Ce rapport n'a pas été examiné, faute de temps 16/.

16. Les questions relatives au programme, aux procédures et méthodes de travail et à la documentation de la Commission ont été examinées par le Groupe de planification du Bureau élargi et par le Bureau élargi lui-même. On trouvera les recommandations de la Commission à ce sujet dans le dernier chapitre du rapport, qui traite également de la coopération avec d'autres organismes et de certaines questions administratives et autres.

14/ Voir infra, chap. VI.

15/ Le rapport a été présenté à la 2238ème séance, le 10 juillet 1991.

16/ Voir infra, chap. VII.

CHAPITRE II

IMMUNITES JURIDICTIONNELLES DES ETATS ET DE LEURS BIENS

A. Introduction

17. La Commission a décidé à sa trentième session (1978) d'inscrire la question intitulée "Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens" à son programme de travail actuel 17/, sur la recommandation du Groupe de travail qu'elle avait créé pour entamer le6 travaux sur cette question, et conformément à la résolution 32/151 de l'Assemblée générale, du 19 décembre 1977.

18. A sa trente et unième session (1979), la Commission a reçu le rapport préliminaire du Rapporteur spécial, M. Sompong Sucharitkul. A la même session, elle a décidé d'adresser aux Etats Membres de l'ONU un questionnaire visant à recueillir de plus amples informations et l'opinion des gouvernements. La documentation reçue en réponse à ce questionnaire a été soumise à la Commission à sa trente-troisième session (1981). De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-huitième session (1986), la Commission a reçu sept autres rapporta du Rapporteur spécial 18/.

19. A sa trente-huitième session, la Commission a adopté en première lecture un ensemble complet de projets d'articles sur le sujet 19/, qui, conformément aux articles 16 et 21 du statut de la Commission, a été transmis au% gouvernements par l'intermédiaire du Sec&taire général, afin que ceux-ci formulent leurs observations et les fassent tenir au Secrétaire général avant le ler janvier 1988.

17/ Annuaire ... 1978, vol. II (deuxième partie), p. 169 à 171, par. 179 à 190.

18/ Pour ces sept rapports du Rapporteur spécial, voir Annuaire ... 1980, vol. II (première partie), p. 195, document A/CN.4/331 et Add.1; Annuaire ... 1981, vol. II (première partie), p. 131, document A/CN.4/340 et Add.1; Annuaire ... 1982, vol. II (première partie), p. 243, document A/CN.4/357; Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), p. 27, document A/CN.4/363 et Add.1; Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 5, document A/CN.4/376 et Add. 1 et 2; Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 21, document A/CN.4/388; Annuaire ... 1986, vol. II (première partie), p. 21 à 38, document A/CN.4/396.

19/ Annuaire ... 1986, vol. II (deuxième partie), p. 8 à 23.

20. A sa trente-neuvième session (1987), la Commission a nommé M. Motoo Ogiso rapporteur spécial pour le sujet. A sa quarantième session (1988), elle a été saisie des réponses reçues des Etats Membres et de la Suisse 20/. Elle a également reçu du Rapporteur spécial un rapport préliminaire 21/.

21. A sa quarante et unième session (1989), la Commission a été saisie, en vue de la deuxième lecture des projets d'articles, du deuxième rapport du Rapporteur spécial 22/, en plus du rapport préliminaire qui lui avait été présenté à sa quarantième session. Après avoir examiné ces deux rapports et les commentaires et observations des gouvernements, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles premier à 11 bis, avec les propositions provenant du Rapporteur spécial et celles qui avaient été faites par certains membres en plénière 23/.

22. A sa quarante-deuxième session (1990), la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial 24/, sur la base duquel elle a repris l'examen des projets d'articles 12 à 28, y compris le titre de la Partie III. A l'issue de cet examen, la Commission a décidé de renvoyer ces articles au Comité de rédaction, avec les propositions du Rapporteur spécial et celles qui avaient été soumises en plénière 25/.

23. Le Comité de rédaction a commencé la deuxième lecture des projets d'articles à la quarante-deuxième session de la Commission 26/ et l'a achevée à la quarante-troisième session. Le rapport du Comité de rédaction a été présenté par son Président 27/ et examiné de la 2218ème à la 2221ème séance

---

20/ A/CN.4/410 et Add.1 et Corr.1 à Add.5.

21/ A/CN.4/415 et Corr.1 et 2.

22/ A/CN.4/422 et Corr.1 et A/CN.4/422/Add.1 et Corr.1.

23/ Voir Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément No 10 (A/44/10), par. 405.

24/ A/CN.4/431 et Corr.1.

25/ Voir Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément No 10 (A/45/10), par. 166.

26/ Ibid., par. 167.

27/ Voir A/CN.4/SR.2218-2221.

avec le rapport du Comité sur ses travaux de la session précédente, lequel avait été présenté par le précédent Président du Comité de rédaction 28/. Sur la base de ces rapports, la Commission a adopté le texte définitif d'un ensemble de 22 articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Conformément à son statut, la Connnission soumet ces textes à l'Assemblée générale, avec une recommandation (voir infra, par. 8).

24. Plusieurs membres ont soulevé la question des aéronefs appartenant à des Etats ou exploités par des Etats, qui sont utilisés en service commercial, et celle des objets spatiaux. La Commission, tout en reconnaissant l'importance de ces questions, a jugé qu'elles exigeraient plus de temps et de travaux.

B. Recommandation de la Commission

25. A sa 2235ème séance, le 4 juillet 1991, la Conuniesion a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recormnander à l'Assemblée générale de convoquer une conférence internationale de plénipotentiaires pour étudier les projets d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens et pour conclure une convention en la matière.

26. La Commission a estimé que la question du règlement des différends, sur laquelle le précédent Rapporteur spécial avait proposé des projets d'articles 29/ pourrait être réglée par la Conférence internationale si celle-ci devait considérer qu'un mécanisme juridique de règlement des différends doit accompagner les projets d'articles.

C. Hommage au Rapporteur spécial, M. Motoo Ogiso

27. A sa 2221ème séance, le 7 juin 1991, la Commission, après avoir adopté le texte des articles sur les immunités juridictionnelles de Etats et de leurs biens, a adopté la résolution suivante par acclamation :

28/ Le rapport a été présenté à la 2183ème séance de la Commission, à sa quarante-deuxième session. Voir A/CN.4/SR.2183.

29/ Les projets d'articles 29 à 33 et l'annexe concernant le règlement des différends, qui avaient été proposés par le précédent Rapporteur spécial mais n'ont pas été examinés par la Commission, sont reproduits dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante et unième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément No 10 (A/44/10), par. 611).

"La Commission du droit international,

Ayant adopté le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens,

Tient à exprimer au Rapporteur spécial, M. Motoo Ogiso, sa profonde reconnaissance et ses chaleureuses félicitations pour la remarquable contribution que son zèle et son dévouement ont apportée à l'établissement du projet d'articles et pour les résultats obtenus dans son élaboration."

D. Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens

28. On trouvera ci-après le texte des articles premier à 22 et des commentaires y relatifs, tels qu'adoptés par la Commission à sa quarante-troisième session.

PROJET D'ARTICLES SUR LES IMMUNITES JURIDICTIONNELLES DES ETATS ET DE LEURS BIENS

PARTIE 1

INTRODUCTION

Article premier

Portée des présents articles

Les présents articles s'appliquent à l'immunité de juridiction d'un Etat et de ses biens devant les tribunaux d'un autre Etat.

Commentaire

1) Le but des présents articles est de formuler les règles du droit international relatives aux immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens.

2) L'article premier indique le domaine auquel devront s'appliquer les articles. Dans toute situation où peut se poser la question de l'immunité des Etats, quelques notions ou concepts de base paraissent indispensables. En premier lieu, le sujet principal du présent projet d'articles est celui des "innnunités juridictionnelles". L'expression "immunités juridictionnelles" vise non seulement le droit des Etats souverains d'être soustraits à l'exercice du pouvoir de décision normalement exercé par l'autorité judiciaire ou les magistrats dans le cadre du système juridique de l'Etat territorial, mais aussi le non-exercice, à l'occasion d'une procédure judiciaire,

de tous autres pouvoirs administratifs et exécutifs par toute autorité de cet Etat, quelles que soient les mesures ou procédures considérées. Le concept recouvre donc la totalité de la procédure judiciaire, depuis l'engagement des poursuites ou la notification d'une assignation, l'enquâte, l'instruction, le procès, les ordonnances qui peuvent être des mesures provisoires ou intérimaires avant dire droit, jusqu'au prononcé et à l'exécution des jugements ou à l'octroi de sursis à cette exécution ou de dispense d'exécution. Il convient d'ajouter à cet égard que le champ d'application de ces articles couvre non seulement la question de l'immunité de juridiction d'un Etat devant les tribunaux d'un autre Etat, mais aussi celle de l'immunité des biens d'Etat à l'égard des mesures de contrainte, telles que saisie et saisie-exécution, liées à une action introduite devant les tribunaux d'un autre Etat comme il est prévu dans la Partie IV du projet. En second lieu, l'existence de deux Etats souverains indépendants - à savoir, un Etat étranger et un Etat du for - est une condition préalable à la question des immunités juridictionnelles. Le projet d'articles emploie en général les formules "un Etat" et "un autre Etat", mais on a parfois jugé utile d'employer dans certains articles, pour plus de clarté, les formules "Etat étranger" et "Etat du for". Le terme "Etat" au sens du projet est défini à l'article 2.

3) Les mots "devant les tribunaux" ont pour objet de confirmer que la portée du sujet est essentiellement limitée à l'immunité de juridiction "devant les tribunaux" des Etats. Le terme "tribunal" est défini à l'article 2.

Article 2

Expressions employées

1. Aux fins des présents articles :

a) Le terme "tribunal" s'entend de tout organe d'un Etat, quelle que soit sa dénomination, habilité à exercer des fonctions judiciaires;

b) Le terme "Etat" désigne :

i) L'Etat et ses divers organes de gouvernement;

ii) Les éléments constitutifs d'un Etat fédéral;

iii) Les subdivisions politiques de l'Etat qui sont habilitées à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'Etat;

iv) Les organismes ou institutions de l'Etat et autres entités, dans la mesure où ils agissent dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat;

v) Les représentants de l'Etat agissant en cette qualité.

c) L'expresssion "transaction commerciale" désigne :

i) Tout contrat ou transaction de caractère commercial ;Jour la vente de biens ou la prestation de services;

ii) Tout contrat de prêt ou autre transaction de nature financière, y compris toute obligation de garantie ou d'indemnisation en rapport avec un tel prêt ou une telle transaction;

iii) Tout autre contrat ou transaction de nature commerciale, industrielle ou concernant le louage d'ouvrage ou d'industrie, à l'exclusion d'un contrat de travail.

2. Pour déterminer si un contrat ou une transaction est une "transaction commerciale" au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faut aussi prendre en considération son but si, dans la pratique de l'Etat qui y est partie, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 concernant les expressions employées dans les présents articles ne préjudicient pas à l'emploi de ces expressions ni au sens qui peut leur être donné dans d'autres instruments internationaux ou dans le droit interne d'un Etat.

Commentaire

Paragraphe 1

1) Le projet d'article 2 réunit les articles 2 et 3 adoptés provisoirement en première lecture, conformément à une proposition appuyée par 'Les membres de la Commission ainsi que par les délégations à la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

Paragraphe 1, alinéa a)

2) On a jugé nécessaire de définir le terme "tribunal" utilisé à l'article premier. Dans le contexte du présent projet d'articles, tout organe d'un Etat habilité à exercer des fonctions judiciaires est un tribunal, quels que soient le rang et son appellation. Bien qu'il ne soit pas expressément défini dans les présents articles, le terme "procédure" doit être entendu comme excluant La procédure pénale.

3) En ce qui concerne l'expression "fonctions judiciaires", il convient de noter que ces fonctions varient selon les systèmes constitutionnels et juridiques. C'est pour cette raison que la Commission a décidé de ne pas définir cette expression dans le présent article. Cependant, ces "fonctions judiciaires" doivent être interprétées comme pouvant être exercées soit par des tribunaux, soit par des organes administratifs. Ces fonctions peuvent s'exercer à différents stades de la procédure judiciaire - avant l'ouverture de la procédure ou au cours de celle-ci, ou encore nu stade final de l'exécution du jugement. Elles peuvent inclure la décision au contentieux ou le règlement du différend, la détermination des questions de droit ou de fait, les décisions relatives aux mesures provisoires et aux mesures d'exécution à tous les stades de la procédure, et les autres pouvoirs administratifs et d'exécution exercés normalement par les autorités judiciaires de l'Etat, ou sous leur autorité, à l'occasion, au cours ou en application de cette procédure. Cependant, bien que les fonctions judiciaires soient déterminées par l'organisation interne de chaque Etat, cette expression ne recouvre pas, aux fins des présents articles, l'administration de la justice sous tous ses aspects, laquelle peut, tout au moins dans certains systèmes juridiques, englober d'autres fonctions liées à la nomination des magistrats.

4) Il convient de noter aussi que cette définition peut, selon les systèmes constitutionnels et juridiques, inclure l'exercice du pouvoir d'ordonner ou d'adopter des mesures d'exécution (on parle parfois de "fonctions quasi judiciaires") par tel ou tel organe administratif de l'Etat.

Paragraphe 1, alinéa b)

5) Vu les différents sens donnés au mot "Etat" dans la doctrine en matière d'immunités juridictionnelles, il a paru utile de préciser le sens particulier donné à ce terme aux fins des présents articles. Le caractère général des termes utilisés pour définir le mot "Etat" ne signifie pas que cette définition n'ait pas de limites précises. Le terme "Etat" doit s'entendre en fonction de son objet et du but recherché : à savoir, spécifier les entités ou les personnes fondées à invoquer 1 immunité d'un Etat lorsque cet Etat peut prétendre à l'immunité, ainsi que les subdivisions et institutions de l'Etat qui peuvent invoquer l'immunité à l'occasion d'actes accomplis dans l'exercice

des prérogatives de la puissance publique. Le terme "Etat" doit donc être interprété dans les présents articles connne englobant tous les types ou catégories d'entités et d'individus ainsi spécifiés qui peuvent bénéficier de la protection conférée par l'immunité des Etats.

Paragraphe 1, alinéa b) i)

6) La première de ces catégories comprend l'Etat lui-même, agissant en son propre nom ou par l'intermédiaire de ses divers organes de gouvernement, quelle que soit leur appellation - souverain ou chef d'Etat, chef de gouvernement, gouvernement central, ministères et services gouvernementaux, départements ministériels ou sous-ministériels, services ou bureaux - ainsi que les organes subordonnés de l'Etat, les missions représentant l'Etat, y compris les missions diplomatiques et les postes consulaires, les missions permanentes et les délégations. L'expression "divers organes de gouvernement" s'entend de tous les pouvoirs et n'est pas limitée au seul pouvoir exécutif.

7) Le terme "Etat" s'entend des Etats étrangers pleinement souverains et indépendants, et aussi, par exlension, des entités qui dans certains cas ne sont pas vraiment étrangères et dans d'autres cas ne sont pas pleinement indépendantes ou ne sont que partiellement souveraines 30/. L'immunité des Etats couvre de façon générale tous les Etats étrangers quelle que soit leur forme de gouvernement, qu'il s'agisse d'un royaume, d'un empire

---

30/ La pratique de certains Etats semble confirmer l'idée que les Etats semi-souverains, ou même les possessions coloniales, sont considérés connne des Etats souverains étrangers au sein d'une même unité constitutionnelle. Les tribunaux britanniques, par exemple, ont régulièrement refusé de connaître des actions intentées aux Etats membres du Commonwealth britannique et aux Etats semi-souverains dépendants du Royaume-Uni. Ainsi le Maharaja de Baroda a-t-il été considéré comme "un prince souverain sur lequel les tribunaux britanniques n'ont pas juridiction", Gaekwar of Baroda State Railways c. Hafiz Habid-ul-Haq (1938) (Annual Digest . . 1938-1940, Londres, 1942, vol. 9, affaire No 78, p. 233). Les tribunaux des Etats-Unis ont adopté le même point de vue pour les dépendances américaines - v. Kawananakoa c. Polybank (1907) (United States Reports, 1921, vol. 205, p. 349 et 353), où l'immunité souveraine a été reconnue au territoire d'Hawaii - et aussi, en vertu de la Constitution fédérale, pour les Etats membres de l'Union, Principality of Monaco c. Mississippi (1934) (Annual Digest . . . 1933-1934, Londres, 1940, vol. 7,

(Suite de la note page suivante)

ou d'une république, d'un régime fédéral, d'une confédération ou d'autres types d'association 31/.

(Suite de la note 30/)

affaire No 61, p. 166; cf. G.H. Hackworth, Digest of International Law, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1941, vol. II, p. 402). Plus récemment, dans l'affaire Morgan Guaranty Trust Co. c. Republic of (639 F. Supp. 706. U.S. District Court, S.D.N.Y., July 10, 1986. The American Journal of International Law, vol. 81, p. 220, (1987)), le tribunal a conclu que Palau était un "Etat étranger" aux fins du Foreign Sovereign Immunities Act des Etats-Unis, compte tenu de l'étendue de la souveraineté exercée de facto par ce pays, bien que le traité de libre association (Compact of Free Association) n'eût pas été ratifié et que le Conseil de sécurité n'eût pas approuvé l'abrogation de l'accord de tutelle des Nations Unies faisant de Palau un territoire stratégique. Les tribunaux français ont de même confirmé l'immunité d'Etats semi-souverains et d'Etats membres de l'Union française, Bey de Tunis et consorts c. Ahmed-ben-Aïad (1893) (Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, 1894, Paris, 2ème partie, p. 421); voir aussi les affaires concernant le Gouvernement chérifien, par exemple Laurans c. Gouvernement impérial chérifien et Société marseillaise de crédit (1934) (Revue critique de droit international (Darras), Paris, vol. XXX, No 4, octobre-décembre 1935, p. 795, et la note de Mme S. Basdevant-Bastid, p. 796 et suiv.). Voir aussi Duff Development Company Ltd. c. Government of Kelantan and another (1924) (Royaume-Uni, The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council, 1924, p. 797). Par contre, voir Marine Steel Ltd. c. Government of the Marshall Islands (1981) (2 NZLR. High Court of New Zealand, July 29, 1981, The American Journal of International Law, vol. 77, p. 158 (1983)), où la Haute Cour de Nouvelle-Zélande a jugé que les territoires sous tutelle des Nations Unies, tels que les îles Marshall, n'avaient pas encore acquis le statut d'Etats indépendants et ne pouvaient donc prétendre à l'immunité souveraine.

31/ Voir, par exemple, Dralle c. République de Tchécoslovaquie (1950) (International Law Reports, 1950, Londres, 1956, vol. 17, affaire No 41, p. 155); Etat espagnol c. Canal (1951) Journal du droit international (Clunet), Paris, 79ème année, No 1, janvier-mars 1952, p. 220); Patterson-MacDonald Shipbuilding Co., McLean c. Commonwealth of Australia (1923) (Etats-Unis d'Amérique, The Federal Reporter, 1924, vol. 293, p. 192); De Froe c. The Russian State now styled "The Union of Soviet Socialist Republics" (1932) (Annual Digest..., 1931-1932, Londres, 1938, vol. 6, affaire No 87, p. 170); Irish Free State c. Guaranty Safe Deposit Company (1927) (Annual Digest, 1925-1926, Londres, affaire No 77, p. 100); Kingdom of Norway c. Federal Sugar Refining Co. (1923) (Etats-Unis d'Amérique, The Federal Reporter, 1923, vol. 286, p. 188); Ipitrade International S.A. c. Federal Republic of Nigeria (1978) (idem, Federal Supplement, 1979, vol. 465, p. 824); 40 D 6262 Realty Corporation and 40 E 6262 Realty Corporation c. United Arab Emirates Government (1978) (ibid., 1978, vol. 447, p. 710); Kahan c. Pakistan Federation (1951) (Royaume-Uni, The Law Reports, King's Bench Division, 1951, vol. II, p. 1003); Vienna c. Democratic Republic of the Congo (1968) (Canada, The Dominion Law Reports, third series, vol. 5, p. 128).

8) Un souverain étranger ou un chef d'Etat, agissant officiellement en sa qualité d'organe principal de l'Etat, peut également se prévaloir de l'immunité au même titre que l'Etat lui-même, du fait que la Couronne, le monarque régnant, le chef souverain de l'Etat ou même le chef d'Etat peut être assimilé au gouvernement central.

9) C'est le gouvernement qui représente généralement l'Etat pour toutes, ou presque toutes, ses relations et transactions internationales. La procédur intentée contre le gouvernement eo nomine ne peut donc être distinguée d'une action visant directement l'Etat 32/. La pratique des Etats reconnaît depuis longtemps que l'effet pratique d'une procédure intentée contre un gouvernement étranger est identique à celui d'une procédure intentée contre l'Etat lui-même 33/.

10) Tout comme l'Etat est représenté par son gouvernement, qui dans la plupart des cas s'identifie avec lui, le gouvernement est souvent composé d'organes de l'Etat et de départements ou ministères qui agissent en son nom. Ces organes de l'Etat et ces départements du gouvernement peuvent être, et c'est souvent le cas, érigés en entités juridiques distinctes au sein du système juridique interne de l'Etat. Bien qu'ils ne soient pas dotés de la personnalité morale internationale comme une entité souveraine, ils peuvent néanmoins représenter l'Etat ou agir au nom du gouvernement central de l'Etat dont ils font en fait partie intégrante. Ces organes de l'Etat ou départements du gouvernement comprennent les divers ministères

---

32/ Voir, par exemple, Lakhowsky c. Gouvernement fédéral suisse et colonel de Reynier (1921), (Journal du droit international (Clunet), Paris, 48ème année, 1921, p. 179); U Kyaw Din c. His Britannic Majesty's Government of the United Kingdom and the Union of Burma (1948) (Annual Digest ... 1948, Londres, 1953, vol. 15, affaire No 42, p. 137); Etienne c. Gouvernement des Pays-Bas (1947) (Recueil Dalloz, 1948, Paris, p. 84).

33/ L'immunité souveraine a parfois été accordée à des dépendances coloniales d'Etats étrangers au motif que l'action en justice mettait en cause un gouvernement étranger, les Etats étant identifiables avec leurs gouvernements. Voir, par exemple, The "Martin Behrman", Isbrandtsen Co. c. Netherlands East Indies Government (1947) (Annual Digest ... 1947, Londres, 1951, vol. 14, affaire No 26, p. 75); Van Heyningen c. Netherlands Indies Government (1948) (Annual Digest ... 1948, Londres, 1953, vol. 15, affaire No 43, p. 138).

du gouvernement 34/, y compris les forces armées 35/, les divisions ou services organiques de chaque ministère, comme les ambassades Ml, les missions spéciales 37/ et les postes consulaires 38/, ainsi que les bureaux, commissions ou conseils 39/ qui ne font pas nécessairement partie d'un ministère , mais sont eux-mêmes des organes autonomes de l'Etat responsables devant le gouvernement central ou l'un de ses départements, ou sont administrés par lui. D'autres organes principaux de l'Etat, comme ceux qui constituent le pouvoir législatif ou le pouvoir judiciaire, s'identifieraient également avec l'Etat lui-même si une action était engagée contre eux pour leurs actes publics ou officiels.

34/ Voir, par exemple, Bainbridge c. The Postmaster General (1905) (Royaume-Uni, The Law Reports. King's Bench Division, 1906, vol. I, p. 178); Henon c. Egyptian Government and British Admiralty (1947) (Annual Digest ..., 1947, Londres, 1951, vol. 14, affaire No 78, p. 78); Triandafilou c. Ministère public (1942) (The American Journal of International Law, Washington (D. C.), vol. 39, No 2, avril 1945, p. 345); Piascik c. British Ministry of War Transport (1943) (Annual Digest . . . . 1943-1945, Londres, 1949, vol. 12, affaire No 22, p. 87); et Turkish Purchases Commission (1920) (Annual Digest . . . . 1919-1922, Londres, 1932, vol. 1, affaire No 77, p. 114).

35/ Voir par exemple, dans The Schooner "Exchange" c. McFaddon and others (1812) [(W. Cranch, Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States, New York, Banks Law Publishing, 1911, vol. VII, 3ème éd.) p. 135 à 137], l'opinion du Chief Justice Marshall. Voir aussi les divers accords sur le statut des forces armées et les lois sur les forces armées étrangères en visite.

36/ Les ambassades sont des organes subsidiaires de l'Etat faisant partie du Ministère des affaires étrangères de l'Etat accréditant. Leur statut est régi par la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques.

37/ Les missions spéciales sont aussi protégées par l'immunité des Etats en application de la Convention de 1969 sur les missions spéciales. Voir également la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

38/ Voir la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires.

39/ Voir, par exemple, Mackenzie-Kennedy c. Air Council (1927) (Royaume-Uni, The Law Reports, King's Bench Division, 1927, vol. II, p. 517); Graham and others c. His Majesty's Commissioners of Public Works and Buildings (1901) (ibid., 1901, vol. II, p. 781); Société Viajes c. Office national du tourisme espagnol (1936) (Revue critique de droit international (Darras, Paris, vol. XXXII, No 1, janvier-mars 1937, p. 188); Telkes c. Hungarian National Museum, No II ,(1942) (Annual Digest ... 1941-1942, Londres, 1945, vol. 10, affaire No 169, p. 576).

Paragraphe 1, alinéa b) ii)

11) La deuxième catégorie comprend les éléments constitutifs des Etats fédéraux. Chacun de ces éléments est considéré comme un Etat aux fins du projet d'articles. Sous sa forme adoptée en première lecture, le paragraphe 1 de l'article 3, donnant la définition de "l'Etat", ne contenait pas de disposition visant spécialement les Etats fédérés. La Connnission, tenant compte des vues exprimées par certains de ses membres et par certains gouvernements, a décidé d'ajouter cette disposition en deuxième lecture. Dans certains systèmes fédéraux, ces éléments peuvent être distingués des subdivisions politiques visées à l'alinéa b) iii) du paragraphe 1, dans la mesure où, pour des raisons historiques ou autres, ils jouissent des mêmes immunités que celles accordées à l'Etat, sans être tenus pour autant d'exercer les prérogatives de la puissance publique de l'Etat. L'alinéa b) ii) du paragraphe 1 a été ajouté pour tenir compte de cette situation particulière. La pratique des Etats n'est toutefois pas uniforme sur cette question 40/.

40/ Voir, par exemple, Sullivan c. State of São Paulo (1941) (Annual Digest . ...1941-1942. Londres, 1945, vol. 10, affaire No 50, p. 178), où le Département d'Etat des Etats-Unis avait fait droit à la demande d'immunité. Dans cette affaire, le juge Clark a estimé que l'immunité pouvait être fondée sur l'analogie avec les Etats membres des Etats-Unis d'Amérique, alors que pour le juge Learned Hand il était douteux que n'importe quelle subdivision politique d'un Etat étranger dotée des pouvoirs gouvernementaux importants bénéficiât de l'immunité. Voir aussi Yale Law Joua, New Haven (Conn.), vol. 50, No 6, avril 1941, p. 1088 et suiv.; Cornell Law Quarterly Review, Ithaca (N.Y.), vol. 26, 1940-1941, p. 720 et suiv.; Harvard Law Review, Cambridge (Mass.), vol. LV, No 1, novembre 1941, p. 149; Michigan Law Review, Ann Arbor (Mich.), vol. 40, No 6, avril 1942, p. 911 et suiv.; Southern California Law Review, Los Angeles (Calif.), vol. 15, 1941-1942, p. 258. C'est l'affaire qui avait fait à l'époque l'objet des connnentaires les plus nombreux. Voir également Hans c. Louisiana (1890) (United States Reports, 1910, vol. 134, p. 1); South Dakota c. North Carolina (1904) (ibid., 1911, vol. 192, p. 286); United States c. North Carolina (1890) (ibid., 1910, vol. 136, p. 211); Rhode Island c. Massachusetts (1846) (B. C. Howard, Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States, New York, 1909, vol. IV, 2ème éd., p. 591); et les affaires citées plus haut dans les notes 30 et 32.

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 40/)

Dans un sutre sens, voir la pratique de la France, par exemple dans Etat de Ceará c. Dorr et autres (1932) (Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, 1933, Paris, première partie, p. 196), dans laquelle la Cour a émis l'avis suivant :

> "Attendu que [...] cette règle [d'incompétence] ne reçoit application que dans la mesure où celui qui l'invoque justifie de l'existence d'une personnalité propre dans ses relations avec les autres pays, envisagées du point de vue du droit public international; que tel n'est point le cas de l'Etat de Ceará, qui, d'après les dispositions mêmes de la Constitution brésilienne, à bon droit relevées par l'arrêt attaqué et quel que soit son statut interne au sein de la confédération souveraine des Etats-Unis et du Brésil dont il fait partie, dépourvu d'ailleurs de représentation diplomatique, ne jouit, au point de vue des relations politiques internationales, d'aucune personnalité qui lui soit propre [...]" (ibid., p. 197)

Voir aussi Dumont c. State of Amazonas (1948) (Annual Digest ... 1948, Londres, vol. 15, affaire No 44, p. 140). Pour l'Italie, voir, par exemple, Somigli c. Etat de São Paulo du Brésil (1910) (Revue de droit international privé et Je droit pénal international (Darras), Paris, vol. VI, 1910, p. 527), où l'Etat de São Paulo a été déclaré justiciable des tribunaux italiens dans une affaire de contrat visant à promouvoir l'immigration au Brésil. Pour la Belgique, voir Feldman c . Etat de Bahia (1907) (Pasicrisie belge, 1908, Bruxelles, deuxième partie, p. 55 (voir aussi Supplement to The American Journal of International Law (Washington, D.C.), vol. 26, No 3, juillet 1932, p. 484), où l'immunité a été refusée à l'Etat de Bahia, bien qu'il fût considéré comme un Etat souverain dans la Constitution brésilienne. Voir également aux Etats-Unis l'affaire Molina c. Comision Reguladora del Mercado de Henequén (1918) (Hackworth, op. cit., vol. II, p. 402 et 403), où le Yucatán, Etat membre des Etats-Unis du Mexique, a été considéré comme justiciable des tribunaux américains; et en Australie l'affaire Commonwealth of Australia c. New South Wales (1923) (Annual Digest ... 1923-1924, Londres, vol. 2, 1933, affaire No 67, p. 161), ou la cour a déclaré :

> "L'appellation 'Etat souverain', telle qu'appliquée pour interpréter la Constitution du Commonwealth, est totalement hors de propos et plus que dénuée de sens."

Dans d'autres systèmes fédéraux, les éléments en question ne se distinguent pas des subdivisions politiques, et ils ne jouissent des immunités juridictionnelles de l'Etat fédéral que dans la mesure où ils agissent dans l'exercice des "prérogatives de la puissance publique". Cette incertitude dans les éléments constitutifs de l'Etat se reflète dans la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats 41/. Ce sont donc la pratique constitutionnelle et l'histoire de chaque Etat fédéral qui décideront si ses éléments constitutifs peuvent être traités comme des Etats au sens de cet alinéa ou de l'alinéa 1 b) iii) ci-après.

Paragraphe 1, alinéa b) iii)

12) La troisième catégorie comprend les subdivisions politiques d'un Etat qui sont habilitées par le droit interne à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'Etat. L'expression "sovereign authority" utilisée dans le texte anglais correspond à l'expression française "prérogatives de la puissance publique". La Commmission a longuement discuté de la question de savoir s'il fallait utiliser dans le texte anglais l'expression "sovereign authority" ou l'expression "governmental authority", et elle est arrivée à la conclusion que "sovereign authority" semblait être, dans le cas présent,

41/ Voir Conseil de l'Europe, Convention européenne sur l'immunité des Etats et Protocole additionnel, Série des traités européens, No 74, Strasbourg, 1972. La Convention est entrée en vigueur le 11 juin 1976 entre l'Autriche, la Belgique et Chypre, et elle a été ratifiée depuis par le Royaume-Uni, la Suisse, les Pays-Bas, le Luxembourg et l'Allemagne. Le paragraphe 1 de l'article 28 confirme que les Etats constitutifs d'un Etat fédéral ne bénéficient pas de l'immunité, mais le paragraphe 2 autorise l'Etat fédéral à faire une déclaration indiquant que ses Etats constitutifs peuvent invoquer les dispositions de la Convention. Le Protocole est entré en vigueur le 22 mai 1985 entre l'Autriche, la Belgique, Chypre, les Pays-Bas et la Suisse, et a été ratifié depuis par le Luxembourg, Le Tribunal européen en matière d'immunité des Etats a été créé le 28 mai 1985 conformément au Protocole.

l'équivalent le plus proche de la "prérogative de la puissance publique" 42/. Certains membres, en revanche, ont fait valoir qu'en droit international l'expression "sovereign authority" était associée normalement à la personnalité internationale de l'Etat, laquelle n'était pas en cause dans l'alinéa en question. A leur avis donc, l'expression française "la puissance publique" était mieux rendue en anglais par "governmental authority". Les régions autonomes d'un Etat qui sont habilitées par le droit interne à agir dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique peuvent aussi invoquer l'immunité souveraine au titre de cette catégorie.

13) Quel que soit le statut des subdivisions d'un Etat, rien n'empêche que ces entités soient constituées ou aient qualité, en vertu du droit interne, pour agir en tant qu'organes du gouvernement central, ou qu'organismes d'Etat accomplissant des actes souverains de l'Etat étranger 43/. Il n'est pas

---

42/ Certains membres de la Commission étaient d'avis que l'expression "prérogatives de la puissance publique de l'Etat" dans le texte français, et l'expression "sovereign authority of the State" dans le texte anglais, n'avaient pas le même sens et pouvaient se prêter à des interprétations différentes. L'expression française semblait désigner les institutions publiques, par opposition aux institutions privées. Par conséquent, les différents types de "prérogatives de la puissance publique" n'étaient pas tous liés à la souveraineté de l'Etat et, selon les membres en question, l'expression "sovereign authority of the State" dans le texte anglais était trop restrictive. On a noté à cet égard que les termes "government" ou "government authority" étaient utilisés dans le texte anglais de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, et que la Commission avait estimé à ce sujet que ces termes traduisaient correctement l'expression "prérogatives de la puissance publique" utilisée dans le texte français du projet d'articles. On a donc proposé de traduire cette expression par les termes anglais "governmental authority" ou "State authority", qui correspondaient à l'expression utilisée dans le texte russe du présent projet d'articles.

43/ Cette possibilité avait été soulignée par Pillet dans son commentaire sur une affaire française, Ville de Genève c. Consorts de Civry (1894), dans laquelle l'immunité avait été refusée (Sirey, Recueil général des lois et des arrêts, 1896, Paris, première partie, p. 225 et suiv.). Voir aussi Rousse et Maber c. Banque d'Espagne et autres (1937) (ibid., 1938, deuxième partie, p. 17), où la cour d'appel de Poitiers a envisagé la même possibilité; dans sa note (ibid., p. 17 à 23), Rousseau a estimé que des entités provinciales autonomes comme le Gouvernement basque pouvaient en même temps être "un organe exécutif d'une unité administrative décentralisée". Comparer cette position avec celle de la cour d'appel anglaise dans Kahan c. Pakistan Federation (1951) (voir ci-dessus note 31). Voir également Huttinger c. Compagnie des chemins de fer du Congo supérieur aux Grands Lacs africains et al. (1934) (Revue critique de droit international (Darras), Paris, vol. XXXII, No 1, janvier-mars 1937, p. 186) et les affaires citées plus haut, note 33.

difficile d'envisager des circonstances dans lesquelles ces subdivisions peuvent en fait exercer l'autorité souveraine qui leur est conférée par l'Etat. 11 y a des cas où, pour des raisons de convenance, les tribunaux ont refusé de connaître de requêtes formées contre de telles entités autonomes, considérant qu'elles faisaient partie intégrante du gouvernement étranger 44/. Paragraphe 1. alinéa b) iv)

14) La quatrième catégorie regroupe les organismes ou institutions de l'Etat et autres entités, y compris les entités privées, mais seulement dans la mesure où ces entités sont habilitées à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'Etat. Au-delà du domaine des actes qu'elles accomplissent dans l'exercice de ces prérogatives, ces entités ne jouissent d'aucune immunité juridictionnelle. Par conséquent, dans le cas d'un organisme, d'une institution ou d'une autre entité qui sont à la fois habilités à exercer les prérogatives de la puissance publique et à agir à titre privé, l'immunité ne peut être invoquée que dans la première de ces hypothèses.

15) Les mots "autres entités", ajoutes au texte en deuxième lecture, visent les autorités non étatiques qui jouissent dans certains cas exceptionnels des prérogatives de la puissance publique. Ils reflètent la pratique, assez fréquente après la seconde guerre mondiale, et qui persiste encore dans une certaine mesure, où un Etat dote une entité privée de certains pouvoirs pour agir dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat. On en trouve des exemples dans la pratique de certaines banques commerciales, auxquelles

---

44/ Dans 1 'affaire Van Heyningen c. Netherlands Indies Government (1948) (voir ci-dessus note 33), où la Cour suprême du Queensland (Australie) a accordé l'itmnunité au Gouvernement des Indes néerlandaises, le juge Philip a déclaré :

> "Selon moi, une action ne peut être intentée devant nos tribunaux contre une partie intégrante d'un Etat étranger souverain. Lorsqu'un Etat étranger souverain établit un organe relevant de son gouvernement en lui confiant le contrôle administratif d'une partie de son territoire qu'il constitue en entité juridique, il me semble que cette entité juridique ne peut faire ici l'objet de poursuites, car cela reviendrait en dernière analyse à assujettir l'autorité et le territoire d'un eouverain étranger à la juridiction et au pouvoir d'exécution de ce tribunal." (op. cit., p. 140)

il arrive qu'un gouvernement demande de délivrer les licences d'importation ou d'exportation, domaine qui relève exclusivement de la puissance publique. Lorsque des entités privées exercent des fonctions publiques de ce genre, et dans la mesure où elles le font, elles devront être considérées comme répondant à la définition de l'Etat aux fins du projet d'articles. Cependant un membre de la Commission a douté que les exemples cités fussent assez fréquents pour justifier la présence des mots "autres entités" dans le projet. Selon un autre, l'expression "prérogatives de la puissance publique", prise dans ce contexte, s'appliquait manifestement aux pouvoirs de l'Etat 45/.

Le concept d'"organismes ou institutions de l'Etat et autres entités" pourrait théoriquement englober les entreprises d'Etat ou autres entités établies par l'Etat qui effectuent des transactions commerciales. Aux fins des présents articles, cependant, ces entreprises d'Etat ou autres entités sont présumées ne pas être habilitées à exercer des fonctions publiques, et par conséquent, en règle générale, ne sont pas fondées à invoquer l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat (voir art. 10, par. 3).

16) Dans la pratique, on ne peut faire de distinction absolue entre les organismes ou institutions de l'Etat et les départements du gouvernement. L'expression "organismes ou institutions" 46/ indique que ces deux termes

---

45/ Voir aussi plus haut note 41.

46/ Voir, par exemple, la loi des Etats-Unis de 1976 sur les immunités des Etats étrangers : United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (United States Code, 1976 Edition, vol. 8, titre 28, chap. 97) (texte reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (publication des Nations Unies, Numéro de vente : E/F.81.V. 10, ci-après dénommée Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 55 et suiv.), qui, à l'article 1603, alinéa b), définit "un organisme ou mécanisme d'un Etat étranger" comme une entité : 1) qui constitue une personne morale distincte, 2) qui est un organe d'un Etat étranger ou d'une subdivision politique d'un Etat étranger, ou dont la majorité des actions ou autres titres est possédée par un Etat étranger ou par une subdivision politique d'un Etat étranger, et 3) qui n'est ni ressortissante d'un Etat des Etats-Unis au sens de la définition figurant à l'article 1332, alinéas c) et d), du titre 28, ni constituée en vertu des lois d'un pays tiers.

sont interchangeables 47/. Une action intentée contre un organisme d'un gouvernement étranger 48/ ou une institution d'un Etat étranger, qu'il soit ou non doté: d'une personnalité morale distincte, peut être considérée comme mettant en cause l'Etat Étranger, en particulier lorsque l'instance a trait

---

47/ Voir, par exemple, l'affaire Krajina c. The Tass Agency and another (1949) (Annual Digest ... 1949, Londres, 1955, vol. 16, affaire No 37, p. 129), à comparer avec Compañia Mercantil Argentina c. United States Shipping Board (1924) (Annual Digest ... 1923-1924, Londres, 1933, vol. 2, affaire No 73, p. 138), et Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo (1956) (Royaume-Uni, The Law Reports, Queen s Bench Division, 1957, vol. 1, p. 438), où, selon le juge Jenkins :

> "Qu'un ministère, département ou mécanisme déterminé, quel qu'en soit le nom, jouisse ou non de la personnalité morale me semble être tout simplement une question d'organisation gouvernementale." (ibid., p. 466)

48/ Dans Krajina c. The Tass Agency and another (1949) (voir ci-dessus note 47), les juges Cohen et Tucker ont exprimé un avis différent, et dans Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo (1956) (voir ci-dessus note 47), le juge Parker a déclaré :

> "Je n'ai aucune raison de penser que le simple fait qu'un organe est doté de la personnalité morale et de la capacité de conclure des contrats et d'ester en justice soit totalement incompatible avec le fait que cet organe est et demeure un département de l'Etat." (op. cit., p. 472)

Voir aussi Emergency Fleet Corporation, United States Shipping Board c. Western Union Telegraph Company (1928) (United States Reports, 1928, vol. 275, p. 415) :

> "Des organismes comme les banques nationales ou les banques de réserves fédérales , où il existe des intérêts privés, ne sont pas des départements administratifs. Ce sont des sociétés privées dans lesquelles l'Etat a un intérêt." (ibid., p. 425 et 426)

En revanche, voir l'attestation de l'Ambassadeur des Etats-Unis touchant le statut de l'United States Shipping Board dans l'affaire Compañia Mercantil Argentina (1924) (voir ci-dessus note 47).

aux activités menées par l'organisme ou l'institution de l'Etat dane l'exercice de l'autorité souveraine dudit Etat 49/.

Paragraphe 1, alinéa b) v)

17) La cinquième et dernière catégorie comprend toutes les personnes physiques qui sont autorisées à représenter l'Etat dans toutes ses manifestations, telles que relevant des quatre catégories mentionnées aux alinéas b) i) à iv) du paragraphe 1. Les souverains ou chefs d'Etat agissant à titre officiel entrent donc à la fois dans cette catégorie et dans la première catégorie, puisque ce sont, au sens large, des organes du gouvernement de l'Etat. Parmi les autres représentants figurent les chefs de gouvernement, les directeurs de département ministériel, les ambassadeurs, les chefs de mission, les agents diplomatiques et les fonctionnaires consulaires, agissant dans leurs fonctions de représentation 50/. Les mots "agissent en cette qualité", à la fin de l'alinéa b) v), visent à préciser que cee immunités leur sont reconnues en tant que représentants, "ratione materiae".

49/ Voir, par exemple, l'affaire des Lingots d'or : Dollfus Mieg et Cie S.A. c. Bank of England (1950) et United States of America and Republic of France c. Dollfus Mieg et Cie and Bank of England (1952) (Annual Digest ... 1949, Londres, 1955, vol. 16, affaire No 36, p. 103); et Monopole des tabacs de Turquie et al. c. Régie coïntéressée des tabacs de Turquie (1930) (Annual Digest ... 1929 1930, Londres, 1935, vol. 5, affaire No 79, p. 123).

50/ Le fait que les immunités dont jouissent les représentants du gouvernement, que ce soit en qualité d'agent diplomatique ou consulaire ou à tout autre titre, sont en dernière analyse des immunités de l'Etat, n'a jamais été mis en doute, mais on n'y a pas prêté suffisamment attention. Récemment, néanmoins, ce lien a été mis en relief dans certaines des réponses et des informations fournies par les gouvernements. La législation jamaïquaine et la décision marocaine sur les immunités diplomatiques, et la législation mauricienne sur les immunités consulaires, en particulier, ïappellent les rapports étroits entre les immunités de l'Etat et d'autres types d'immunités dont l'origine remonte à l'Etat.

18) On remarquera qu'en pratique les actions en justice peuvent viser non seulement les départements ou services gouvernementaux, mais aussi leurs directeurs ou les représentants permanents dans leurs fonctions officielles 51/. Les actions engagées contre ces représentants ou agents d'un gouvernement étranger en raison de leurs actes officiels sont en fin de compte des actions contre l'Etat qu'ils représentent. L'Etat étranger, agissant par l'intermédiaire de ses représentants, jouit d'immunités ratione materiae. Ces immunités ratione materiae sont accordées au profit de l'Etat, et le fait que les fonctions officielles des représentants intéressés ne soient plus les mêmes, ou prennent fin, n'a sur elles aucune incidence. Il n'est donc pas possible d'intenter une action contre un ancien représentant d'un Etat étranger en raison d'un fait accompli par lui dans l'exercice de ses fonctions officielles. L'immunité de l'Etat subsiste même lorsque la mission ou la charge de l'intéressé a pris fin. Il en est ainsi parce que l'immunité en question non seulement appartient à l'Etat, mais est également fondée sur le caractère souverain ou officiel des activités, dans la mesure où il s'agit d'une immunité ratione materiae 52/.

19) Deux types de bénéficiaires des immunités de l'Etat dont jouissent les représentants du gouvernement et les agents de l'Etat méritent une attention particulière : les souverains, et les ambassadeurs et agents

---

51/ Voir, par exemple, l'affaire Thai-Europe Tapioca Service Ltd c. Government of Pakistan, Ministry of Food and Agriculture, Directorate of Agricultural Supplies (1975) (The All England Law Reports, 1975, vol. 3, p. 961).

52/ Les immunités ratione materiae peuvent subsister même après que les fonctions des représentants d'un Etat étranger ont pris fin. Elles sont néanmoins soumises aux restrictions et exceptions auxquelles les immunités de l'Etat sont normalement soumises dans la pratique des Etats. Voir par exemple Carlo d'Austria c. Nobili (1921) (Annual Digest . . . 1919-1922, Londres, 1932, vol. 1, affaire No 90, p. 136); et La Mercantile c. Regno di Grecia (1955) (International Law Reports, 1955, Londres, 1958, vol. 22, p. 240) où le contrat prévoyant la délivrance de matières premières conclu par l'Ambassadeur de Grèce était imputable à l'Etat et soumis à la juridiction locale.

diplomatiques 53/. En dehors des immunités ratione materiae liées à leurs activités ou fonctions officielles de représentants, les souverains et les ambassadeurs peuvent se prévaloir, dans une certaine mesure en propre, d'immunités ratione personae attachées à leur personne ou à leurs activités personnelles sans rapport avec leurs fonctions officielles. Les immunités ratione personae, à l'inverse des immunités ratione materiae, qui ne disparaissent pas une fois que les fonctions officielles ont pris fin, ne s'appliquent plus une fois que l'intéressé a quitté son poste ou cessé ses fonctions. Toutes les activités des souverains et des ambassadeurs qui sont sans rapport avec leurs fonctions officielles peuvent être soumises à la juridiction locale une fois que le souverain ou l'ambassadeur a quitté son poste 54/. D'ailleurs, même ces immunités ont vu le jour, non pas pour le bénéfice personnel des souverains et des ambassadeurs, mais pour celui de l'Etat qu'ils représentent, afin de leur permettre d'exercer leurs fonctions

---

53/ Historiquement parlant, les immunités des souverains et des ambassadeurs sont apparues avant même les immunités de l'Etat. Elles sont, dans la pratique des Etats, régies par d'autres principes du droit international. On a dit que, du point de vue strictement théorique, toutes les immunités de juridiction trouvent leur origine dans la norme fondamentale de la souveraineté de l'Etat. Voir S. Sucharitkul, State Immunities and Trading Activities in International Law, Londres, Stevens, 1959, chap. 1 et 2; E. Suy, "Les bénéficiaires de l'immunité de l'Etat", L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats, actes du Colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969 des Centres de droit international de l'Institut de sociologie de l'Université de Bruxelles et de l'Université de Louvain, Bruxelles, 1971, éditions de l'Institut de sociologie, p. 257 et suiv.

54/ Ainsi dans The Empire c. Chang and others (1921) (Annual Digest ... 1919-1922, Londres, 1932, vol. 1, affaire No 205, p. 288), la Cour suprême du Japon a confirmé la condamnation d'anciens employés de la délégation chinoise pour des délits commis alors qu'ils étaient employés comme préposés, mais sans rapport avec leurs fonctions officielles. Voir aussi León c. Díaz (1892) (Journal du droit international privé (Clunet), Paris, 19ème année, p. 1137), affaire concernant un ancien ministre de l'Uruguay en France, et Laperdrix et Penquer c. Kouzouboff et Belin (1926) (ibid., 53ème année, janvier-février 1926, p. 64 et 65), où il a été ordonné à un ancien secrétaire de l'Ambassade des Etats-Unis de verser une indemnité pour blessures causées dans un accident d'automobile.

officielles 55/. Cette théorie est confirmée, dans le cas des agents diplomatiques, par la règle qui veut que les immunités diplomatiques ne peuvent être levées que par un représentant habilité de l'Etat d'envoi et avec l'autorisation en bonne et due forme du gouvernement 56/.

Paragraphe 1, alinéa c)

20) Il faut définir l'expression "transaction commerciale" en énumérant les types de contrats ou dc transactions qu'elle désigne. L'expression "contrat commercial", qui avait kté adoptée en première lecture pour le texte de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 2, a été remplacée par

---

55/ Voir par exemple l'arrêt de la Cour de Genève dans l'affaire V... et Dicker c. D... (1927) (ibid., 54ème année, janvier-février 1927, p. 1179) où la Cour avait déclare recevable l'action intentée par la mère et le nouveau-né contre un ancien diplomate, père de l'enfant. Commentant cette décision, Noël-Henry rappelait que :

> "[...] le véritable fondement de l'immunité, c'est la nécessité de la fonction, Par suite, le principe c'est que l'immunité ne couvre le diplomate que lorsqu'il est en fonction [...]. Lorsqu'il a quitté son emploi, il peut être poursuivi, sauf en ce qui concerne les actes accomplis par lui dans l'exercice de ses fonctions et où ce n'est d'ailleurs pas tant l'immunité du diplomate qui est en cause que l'immunité du gouvernement qu'il représente." (ibid., p. 1184)

Voir également M. Brandon, "Report on diplomatic immunity by an Inter-departmental Committee on State immunities", The International and Comparative Law Quarterly, Londres, vol. 1, juillet 1952, p. 358; P. Fiore, Trattato di diritto internazionale pubblico, 3ème éd. rév., Turin, Unione tipografico-editrice, 1887-1891, p. 331, par. 491.

56/ Voir, par exemple, Dessus c. Ricoy (1907) (Journal du droit international privé (Clunet), Paris, 34ème année, 1907, p. 1086) où le tribunal a déclaré :

> "[...] l'immunité des agents diplomatiques ne leur étant pas personnelle, mais étant un attribut et une garantie de l'Etat qu'ils représentent [. . .], la renonciation de l'agent est nulle, alors surtout qu'il ne produit à l'appui de cette renonciation aucune autorisation émanant de son gouvernement. "

Voir aussi Reichenbach et Cie c. Mme Kicoy (1906) (ibid., p. 111); Cottenet et Cie c. dame Raffalowitch (1908) (ibid., 36ème année, 1909, p. 150); affaire Grey (1953) (ibid., 80ème année, avril-juin 1953, p. 886); et Procureur général près la Cour de cassation c. S. E. le docteur Franco-Franco (1954) (ibid., 81ème année, No 1, janvier-mars 1954, p. 786). Voir également les dispositions de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques.

l 'expression "transaction commerciale", compte tenu de la préférence exprimée par certains membres de la Commission et par certaines délégations à la Sixième Commission de l'Assemblée générale 57/. Comme on le verra plus loin, le terme "transaction" est généralement entendu dans un sens plus large que le terme "contrat", dans la mesure où il comprend des activités non contractuelles, comme les négociations commerciales. Ce terme présente cependant quelques difficultés de traduction dans les diverses langues officielles, car la terminologie en usage varie selon les systèmes juridiques. Il convient de noter que les '*transactions commerciales" visées à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 10, à savoir les transactions entre Etats et les transactions de gouvernement à gouvernement, sont exclues du champ d'application du paragraphe 1 de cet article. Pour ces transactions, l'immunité des Etats subsiste et continue de s'appliquer. Certains membres de la Commission étaient d'avis d'éviter le terme "commercial", qui leur paraissait être une tautologie. La Commission a examiné la question en détail au moment de la deuxième lecture et a recherché une formule qui eût permis d'éliminer ce terme, tout au moins aux sous-alinéas i) et iii) du paragraphe 1, alinéa c), mais sans trouver de solution aatisfeisante. Selon un membre de la Commission, l'activité lucrative, étant le principal critère du caractère commercial d'un contrat ou d'une transaction, aurait dû entrer dans la définition de la "transaction commerciale".

21) Aux fins du projet d'articles, l'expression "transaction commerciale" recouvre trois types de transactions. Premièrement, elle désigne tous types de transactions ou contrats commerciaux ayant pour objet la vente de biens ou la fourniture de services.

22) Deuxièmement, 1 'expression "transaction commerciale" désigne entre autres les contrats de prêt ou autres transactions de nature financière, tels que les prêts ou crédits commerciaux, ou les obligations émises sur le marché des capitaux d'un autre Etat. Il arrive souvent qu'un Etat soit amené,

---

57/ L'expression "transaction commerciale" est d'ailleurs employée dans la législation de plusieurs pays. Voir, par exemple, le United Kingdom State Immunity Act de 1978 (art. 3, 3)), le Singapore State Immunity Act de 1979 (art. 5, 3)), le Pakistan State Immunity Ordinance de 1981 (art. 5, 3)), le South Africa Foreign States Immunities Act de 1981 (art. 4, 3)) et l'Australia Foreign States Immunities Act de 1985 (art. 11, 3)).

non seulement à contracter un emprunt en son nom propre, mais aussi à fournir une garantie ou une caution au profit d'une de ses entreprises nationales, par exemple pour l'achat d'aéronefs civils ou commerciaux, lequel est alors financé par des banques étrangères ou par un consortium d'institutions financières. Cet engagement peut être donné par l'Etat sous la forme d'un contrat de garantie contenant une obligation de garantie du remboursement ou du règlement du prêt souscrit par une de ses entreprises, et de paiement en cas de défaut du cocontractant, ou une obligation d'indemnisation de la perte subie par une partie au contrat principal du fait d'un prêt ou d'un accord de caractère financier. La différence entre une obligation de garantie et une obligation d'indemnisation peut résider dans la plus ou moins grande facilité à mettre en oeuvre les moyens de droit existants en cas d'inexécution des obligations contractuelles ou de manquement à ces obligations par l'une des parties initiales au contrat principal. L'obligation d'indemnisation peut aussi être décrite en termes de volonté de rembourser à l'une des parties initiales les pertes ou les dépenses encourues du fait du manquement d'une autre partie à ses engagements contractuels, avec ou sans droit de subrogation. En seconde lecture, la Commission a légèrement remanié le texte de l'alinéa ii) pour tenir compte du fait qu'il pouvait y avoir obligation de garantie non seulement en cas de prêt mais aussi en cas d'autres accords de nature financière. Il en va de même pour l'indemnisation. La Commission a donc combiné la référence à l'obligation de garantie et la référence à l'obligation d'indemnisation de façon qu'elles visent à la fois les contrats de prêt et les autres accords de nature financière.

23) Troisièmement, l'expression "transaction commerciale" désigne d'autres types de contrats ou de transactions de nature commerciale ou industrielle, ou concernant le louage d'ouvrages ou de services, couvrant ainsi des secteurs très variés d'activité de l'Etat, en particulier l'industrie manufacturière, et peut-être aussi les investissements ainsi que d'autres opérations. Les "contrats de travail" sont exclus de la définition, car ils peuvent faire l'objet d'une règle distincte, comme on le verra à propos du projet d'article 11.

24) Il existe de nombreux exemples des types de transactions entrant dans la catégorie des transactions commerciales, ainsi qu'il ressort du commentaire de l'article 10.

Paragraphe 2

25) Pour déterminer si un contrat ou une transaction a un caractère commercial au sens de l'alinéa 1 c), deux critères peuvent être appliqués successivement. En premier lieu, il convient de prendre en considération la nature du contrat ou de la transaction. S'il est établi que le contrat ou la transaction est de nature non commerciale ou publique, il sera inutile de s'enquérir de son but.

26) Si en revanche l'application du critère de la "nature" amène à penser que le contrat ou la transaction seraient commerciaux, il est loisible à l'Etat de contester cette conclusion en prenant en considération leur but, lorsque selon sa pratique ce but intervient dans la détermination du caractère non commercial du contrat ou de la transaction. Ce double critère – non seulement de la nature du contrat ou de la transaction, mais parfois aussi de son but – est destiné à sauvegarder et protéger dûment les intérêts des pays en développement, principalement dans leurs efforts pour promouvoir leur développement économique national. Les Etats doivent avoir la possibilité de démontrer que, dans leur pratique, tel ou tel contrat ou transaction doivent être considérés comme étant non commerciaux, parce que leur but est manifestement public et répond à une raison d'Etat, qu'il s'agisse d'acheter des vivres pour nourrir une population, combattre la famine ou secourir une zone menacée, ou des médicaments pour enrayer une épidémie, à condition qu'il soit conforme à la pratique de ces Etats de conclure des contrats ou accords de ce genre à des fins publiques. On remarquera cependant que c'est au tribunal compétent, et non à l'Etat défendeur, qu'il appartient dans chaque cas d'établir le caractère commercial ou non commercial du contrat ou de la transaction compte tenu de la pratique de l'Etat défendeur. Certaines délégations à la Sixième Commission ainsi que certains membres de La Commission auraient préféré éviter le critère du but de la transaction, qui leur paraissait sujet à des interprétations subjectives.

27) La pratique des Etats en la matière suscite bien des controverses, comme le montre le commentaire de l'article 10 58/. Le paragraphe 2 de l'article 2 a pour objectif d'éviter les controverses inutiles résultant de l'application d'un critère unique, tel que celui de la nature du contrat ou de la transaction, critère qui est utile au départ, mais certainement pas déterminant dans tous les cas. Cette disposition est donc destinée à fournir une norme supplémentaire pour la détermination, dans certains cas, du caractère "commercial" ou "non commercial" d'un contrat ou d'une transaction donnés. En d'autres termes, il ne faut pas écarter complètement le critère du "but" 59/. On assure ainsi une approche équilibrée en permettant de prendre

58/ Voir, plus loin, le commentaire de l'article 10, aux paragraphes 13 à 18. Dans une récente décision, un tribunal des Etats-Unis a jugé que le caractère commercial OU non commercial d'un contrat devait être établi sur la base du caractère essentiel de la convention liant les parties, et non pas des conditions auxiliaires destinées à faciliter l'exécution du contrat. Voir Practical Concepts, Inc. c. Republic of Bolivia. 811 F.2d, 1543. U.S. Court of Appeals, D.C. Cir., February 17, 1987. The American Journal Qf International Law, vol. 81, p. 952 (1987).

59/ Ainsi, dans l'affaire du "Parlement belge" (1879) (Royaume-Uni, The Law Reports, Probate Division, 1879, vol. IV, p. 129), sir Robert Phillimore, après avoir examiné des cas de jurisprudence anglaise et américaine, avait considéré le Parlement belge lui-même comme n'étant ni un navire de guerre, ni un navire de plaisance et comme n'ayant donc pas droit à l'immunité. Cette décision avait été infirmée par la Cour d'appel (1880) (ibid., 1880, vol. V, p. 197), voir Lord Justice Brett (ibid., p. 203). Voir aussi Gouvernement espagnol c. Casaux (1849) (Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, 1849, Paris, première partie, p. 9), au sujet de l'achat de bottes par le Gouvernement espagnol pour l'armée espagnole. Cf. l'affaire Hanukiew c. Ministère de l'Afghanistan (1933) (Sirey, Recueil général des lois et des arrêts, 1933, Paris, première partie, p. 249) concernant un contrat de fourniture d'armes; et diverses affaires relatives à des emprunts, par exemple celle de l'emprunt marocain, Laurans c. Gouvernement impérial chérifien (1934) (ibid., 1935; première partie, p. 103). Voir aussi Vavasseur c. Krupp (1878) (Royaume-Uni, The Law Reports, Chancery Division, 1878, vol. IX, p. 351); Trendtex Trading Corporation Ltd. c. The Central Bank of Nigeria (1977) (The All England Law Reports, 1977, vol. I, p. 881), concernant une commande de ciment pour la construction de casernes au Nigéria. Cf. Gugenheim c. Etat du Viet Nam (1961) (Revue générale de droit international public, Paris, 66ème année, 1962, p. 654; arrêt reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles . . . , p. 257), affaire concernant un contrat de fourniture de cigarettes pour

(Suite de la note page suivante)

dûment en considération deux critères : la nature du contrat ou de la transaction, et son but 60/.

28) Ce qui est dit ci-dessus s'applique également aux contrats de vente de biens ou de fourniture de services, et aux autres types de transactions commerciales visés par la définition de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 2. Par exemple, un contrat de prêt conclu pour permettre un achat ou un contrat de garantie de ce prêt peut avoir un caractère non commercial, si l'on fait intervenir la considération de l'intérêt public en vue duquel le contrat d'achat a été conclu. Ainsi, le contrat de garantie d'un emprunt souscrit pour l'achat de produits alimentaires en cas de famine serait normalement non commercial en raison de son but, présumé d'utilité publique.

Paragraphe 3

29) Le paragraphe 3 vise à limiter l'emploi des expressions définies aux paragraphes 1 et 2, à savoir "tribunal", "Etat" et "transaction commerciale", au contexte des immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Il est évident que ces termes, appliqués à d'autres relations de droit, peuvent avoir des significations différentes dans des instruments internationaux tels que les conventions multilatérales ou les accords bilatéraux, ou dans le droit interne des Etats. Le paragraphe 3 a donc pour but d'indiquer aux Etats qui ratifieront les présents articles ou qui y adhéreront qu'ils peuvent le faire sans avoir à modifier leur droit interne

(Suite de la note 59/)

l'armée nationale vietnamienne. Autres affaires intéressantes dans ce contexte : Egyptian Delta Rice Mills Co. c. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes de Madrid (1943) (Bulletin de législation et de jurisprudence égyptienne, Alexandrie, 55ème année, 1942-1943, p. 114), citée par S. Sucharitkul, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-1, Leyde, Sijthoff, 1977, vol. 149, p. 138; Khan c. Fredson Travel Inc. (1982), (133 D.L.R. (3ème édition) p. 632. Ontario High Court, Canadian Yearbook of International Law, vol. XXI, p. 376 (1983)); X c. Empire of... (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Tubingen, 1964, vol. 16, p. 27; traduction anglaise dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 282 et suiv.).

60/ Cela est rendu particulièrement important par la nouvelle tendance que révèlent la jurisprudence et la législation de certains Etats. Voir, plus loin, le commentaire de l'article 10, aux paragraphes 13 à 17.

sur d 'autres points, vu que les trois termes en question sont pris ici dans une acception propre à leur contexte, et que la signification qui leur est donnée s'entend sans préjudice des significations qui leur sont ou leur seront données en droit interne ou dans d'autres instruments internationaux. Il convient d'observer néanmoins que, pour les Etats parties aux présents articles, la signification attribuée à ces termes aux paragraphes 1 et 2 de l'article 2 devra être respectée dans toutes les matières relatives aux immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens au sens desdits articles.

30) Bien que le paragraphe 3 se limite aux expressions définies aux paragraphes 1 et 2, il s'applique aussi aux autres expressions qui sont employées dans les présents articles sans y être expressément définies. Cette condition est nécessaire pour maintenir le caractère autonome des articles.

Article 3

Privilèges et immunités non affectés par les présents articles

1. Les présents articles n'affectent pas les privilèges et immunités dont jouit un Etat en vertu du droit international en ce qui concerne l'exercice des fonctions :

a) De ses missions diplomatiques, de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations aux organes des organisations internationales ou aux conférences internationales; et

b) Des personnes qui y sont attachées.

2. Les présents articles n'affectent pas non plus les privilèges et immunités que le droit international reconnaît ratione personae aux chefs d'Etat.

Commentaire

1) A l'origine, l'article 3 avait pour but d'écarter les risques de chevauchement entre, d'une part, les présents articles, et, de l'autre, certaines conventions en vigueur visant le statut et les privilèges, immunités et facilités dont jouissent certaines catégories de représentants des gouvernements. Il se composait alors d'un seul paragraphe, où étaient énumérés les régimes d'immunités diplomatiques et consulaires en vigueur

auxquels les présents articles ne devaient pas toucher. Chronologiquement, ce sont les immunités diplomatiques prévues par le droit international coutumier qui furent les premières jugées prêtes à être codifiées, ce qui fut fait dans la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques 61/.

L'immunité des souverains et autres chefs d'Etat est un autre exemple classique d'immunités en droit international coutumier. Le paragraphe 2 de l'article 3 stipule que les présents articles ne portent pas atteinte à ces immunités. Les paragraphes 1 et 2 du texte actuel sont l'un et l'autre destinés à préserver les privilèges et immunités déjà accordés à des entités et personnes déterminées en vertu du droit international général existant ou, de façon plus détaillée, par les conventions internationales en vigueur en la matière, lesquelles ne sont pas affectées par les présents articles. Conformément à cette optique, et pour aligner le texte du paragraphe 1 sur celui du paragraphe 2, les mots "en vertu du droit international" ont été ajoutés AU texte du paragraphe 1 adopté provisoirement en première lecture.

Paragraphe 1

2) Le texte initial du paragraphe 1 renvoyait expressément à divers instruments internationaux ayant fait l'objet d'un plus ou moins grand nombre d'adhésions et de ratifications, et faisait mention des missions ou personnes ci-après, représentant les Etats :

i) Les missions diplomatiques, en vertu de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques;

ii) Les missions consulaires, en vertu de la Convention de Vienne de 1363 sur les relations consulaires 62/;

iii) Les missions spéciales, en vertu de la Convention de 1969 sur les missions spéciales 63/;

61/ Nations Unies, Recueil des Traites, vol. 500, p. 95; voir aussi les diverses conventions consulaires bilatérales.

62/ Ibid., vol. 596, p. 261.

63/ Résolution 2530 (XXIV) de l'Assemblée générale du 8 décembre 1969, annexe.

iv) La représentation des Etats en vertu de la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel 64/;

v) Les missions ou délégations permanentes d'Etats, et leurs délégations d'observation. auprès d'organisations internationales ou de leurs organes d'une manière générale 65/;

vi) Les personnes jouissant d'une protection internationale, en vertu de la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques 66/.

3) L'article 3, sous sa forme actuelle, a pour titre : "Privilèges et immunités non affectés par les présents articles", qui correspond à sa teneur. On a jugé préférable de prévoir une disposition de caractère général, sans mention expresse des missions auxquelles s'appliquent les instruments internationaux en vigueur, et dont le statut dans les relations multilatérales est loin d'être uniforme. Le paragraphe 1 vise deux catégories de sujets de droit :

i) Les missions diplomatiques, consulaires ou spéciales, ainsi que les missions auprès des organisations internationales ou les délégations aux organes des organisations internationales ou aux conférences internationales;

ii) Les personnes qui sont attachées à ces missions ou délégations.

64/ Nations Unies, Annuaire juridique 1975 (numéro de vente : F.77.V.3), p. 90.

65/ Voir, par exemple, la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1, p. 15), la Convention de 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées (ibid., vol. 33, p. 261) et les conventions régionales en la matière.

66/ Ibid., vol. 1035, p. 167.

L'étendue des privilèges et immunités dont jouit un Etat en relation avec l'exercice des fonctions des entités visées à l'alinéa a) du paragraphe 1 est déterminée, selon le cas, par les dispositions des conventions internationales mentionnées au paragraphe 2 du présent commentaire, ou par le droit international général. La Commission a d'ailleurs ajouté l'expression "en vertu du droit international" après les mots "dont jouit un Etat" de façon à établir le parallèle nécessaire entre les paragraphes 1 et 2. L'expression "les personnes qui y sont attachées" est à interpréter de la même façon.

4) Les termes "missions" et "délégations" s'étendent aux missions permanentes d'observation et aux délégations d'observation, au sens qui est donné à ces expressions par la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

5) L'article vise à préserver les régimes particuliers en vigueur, notamment à l'égard des personnes attachées aux missions qui y sont mentionnées. En effet, les immunités dont jouissent ces personnes peuvent, en dernière analyse, être considérées comme des immunités d'Etat, puisqu'elles appartiennent à l'Etat et que celui-ci peut y renoncer à tout moment.

Paragraphe 2

6) Le paragraphe 2 a pour but de faire entrer dans le projet d'articles une référence expresse aux immunités que le droit international en vigueur accorde ratione personae aux souverains étrangers et autres chefs d'Etat agissant à titre personnel. Quant aux immunités juridictionnelles des Etats qui sont reconnues aux souverains ou autres chefs d'Etat agissant en qualité d'organes ou de représentants de l'Etat, elles font l'objet de l'article 2, où les alinéas b) i) et v) du paragraphe 1 visent les divers organes de gouvernement d'un Etat et les représentants de l'Etat, y compris les chefs d'Etat, quel que soit le système de gouvernement. La réserve énoncée au paragraphe 2 de l'article 3 porte donc exclusivement sur les actes accomplis à titre privé, ou sur les immunités et privilèges de caractère personnel qui sont reconnus

et accordés dans la pratique, et dont le statut n'est en rien affecté par les présents articles. Les dispositions du droit coutumier en vigueur sont ainsi préservées 67/.

7) Le- présents articles s'entendent sans préjudice de la portée des immunités que les Etats accordent aux souverains étrangers ou autres chefs d'Etat, à leur famille ou à leur suite, et qui, en pratique, peuvent aussi s'étendre à d'autres membres de leur entourage. De même, les présents articles s'entendent sans préjudice de l'étendue des immunités accordées par les Etats aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Ces personnes ne sont toutefois pas expressément visées au paragraphe 2, car il serait difficile d'en dresser une liste exhaustive et leur énumération soulèverait en outre la question de la base et de l'étendue de l'immunité juridictionnelle dont jouissent les intéressés. Une proposition tendant à ajouter les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères aux chefs d'Etat, au paragraphe 2, n'a pas été acceptée par la Commission.

Article 4

Non-rétroactivité des présents articles

Sans préjudice de l'application de toutes règles énoncées dans les présents articles auxquelles les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens seraient soumises en vertu du droit international indépendamment des présents articles, ces articles ne s'appliquent à aucune question relative aux immunités juridictionnelles des Etats ou de leurs biens soulevée dans une procédure intentée contre un Etat devant un tribunal d'un autre Etat avant l'entrée en vigueur desdits articles entre les Etats concernés.

67/ Pour la jurisprudence en la matière, voir Annuaire ... 1986, vol. II (première partie), document A/CN.4/388, par. 119 à 125.

Commentaire

1) En vertu de l'article 28 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, et à moins que les présents articles n'en disposent autrement, la non-rétroactivité est la règle. La question se pose cependant de savoir quelles sont la nature et la portée de la non-rétroactivité dans l'application des présents articles. Il importe donc de déterminer à partir de quand les articles s'appliqueront entre les Etats qui en auront accepté les dispositions. La Commission a décidé de choisir un moment relativement précis, en disposant que le principe de non-rétroactivité s'appliquera aux procédures intentées avant l'entrée en vigueur des articles entre les Etats intéressés.

2) Les présents articles sont donc applicables, entre ces Etats, aux actions en justice intentées après leur entrée en vigueur. L'article 4 n'aborde donc pas la question de la non-rétroactivité dans d'autres contextes, tels que les négociations diplomatiques sur la question de savoir si un Etat a violé l'obligation qui lui incombe, en vertu du droit international, d'accorder l'immunité de juridiction à un autre Etat conformément aux règles du droit international. Cet article, en prévoyant expressément la non-rétroactivité des présents articles en cas d'actions en justice, ne porte atteinte en aucune manière à la règle générale de la non-rétroactivité énoncée à l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Les présents articles doivent s'entendre sans préjudice de l'application des autres règles auxquelles les immunités juridictionnelles de l'Etat et de ses biens sont soumises en droit international, indépendamment des présents articles. Ils n'ont pas non plus pour but d'entraver le développement actuel ou futur du droit international dans ce domaine, ni dans tout autre domaine connexe qui n'entre pas dans leur champ d'application.

PARTIE II

PRINCIPES GENERAUX

Article 5

Immunité des Etats

Un Etat jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat, sous réserve des dispositions des présents articles.

Commentaire

1) L'article 5, tel que la Commission l'avait provisoirement adopté à sa trente-deuxième session (ancien article 6), était assorti d'un commentaire où la pratique judiciaire, gouvernementale et législative des Etats était abondamment étudiée 68/. Le commentaire reste généralement valide, à l'exception des passages consacrés à la formule qui avait été adoptée à l'époque pour énoncer la règle de l'immunité sous ses deux aspects : reconnaissance d'un droit et imposition d'une obligation. Ce second aspect de la règle est maintenant suffisamment précisé à l'article 6, relatif aux "Modalités pour donner effet à l'immunité des Etats".

2) La rédaction de l'article 5, où est affirmé le principe de base de l'immunité des Etats, a été difficile, car la question est délicate.

68/ Voir Annuaire ... 1980, vol. II (deuxième partie), p. 139 à 153. Plusieurs autres Etats ont récemment adopté une législation traitant directement de l'immunité des Etats. C'est le cas de Singapour avec le State Immunity Act de 1979, du Pakistan avec la State Immunity Ordinance de 1981 et de l'Afrique du Sud avec le Foreign States Immunities Act de 1981, tel que modifié en 1985 [et 1988 */] (textes reproduits dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ...); c'est le cas aussi du Canada avec le Canada Act to Provide for State Immunity in Canadian Courts de 1982, Revised Statutes of Canada, 1985, vol. VIII, chap. S-18, et de l'Australie avec le Foreign States Immunities Act de 1985, No 196 de 1985, Acts of Parliament of the Commonwealth of Australia, 1985, vol. II, p. 2696. Pour l'évolution récente de la pratique générale de l'immunité des Etats, voir également le deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/422, p. 3 à 14.

*/ South Africa Foreign States Immunities Amendment Act, No 5 de 1988. Adopté le 3 mars 1988. Date d'entrée en vigueur à fixer. N'était pas en vigueur au 5 avril 1991.

En effet, les théories juridiques sur la nature exacte et sur les fondements de l'immunité abondent. Sans doute s'accorde-t-on à penser qu'il y a immunité incontestée pour les actes accomplis dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique. Mais, au-delà de ces cas indubitables, il semble y avoir une zone d'incertitude où les opinians et la jurisprudence, voire les législations, varient. Pour certains, l'immunité serait une exception au principe de la souveraineté territoriale de **l'Etat** du for, et aurait donc à être justifiée en tant que telle dans chaque cas. Pour d'autres, l'immunité de **l'Etat** serait une règle générale, un principe général, du droit international – règle qui cependant n'est pas absolue, puisque même les moins restrictives de toutes les théories de l'immunité admettent une exception importante, à savoir le consentement, qui est également à la base d'autres principes de droit international. D'autres encore sont partisans de la théorie selon laquelle la règle de l'immunité des Etats serait une règle unitaire et donc sujette aux limitations existantes, l'immunité et la non-immunité représentant deux aspects de la même règle; en d'autres termes, l'immunité existerait en même temps que les conditions et les limitations inhérentes à sa nature.

3) Pour formuler le texte de l'article 5, la Commission a passé en revue toutes les opinions doctrinales en la matière, ainsi que les traités, la jurisprudence et les législations nationales, et a pu adopter une formule de compromis qui énonce le principe de base de l'immunité, sous réserve des dispositions des présents articles précisant les types de procédures dans lesquelles l'immunité des Etats ne peut être invoquée. Le texte adopté en première lecture précisait entre crochets que les Etats jouissaient de l'immunité sous réserve également "des règles pertinentes du droit international général". Il s'agissait par là de souligner que les présents articles n'empêchaient pas le développement du droit international et que, par conséquent, les immunités garanties aux Etats étaient subordonnées à la fois au; dispositions des présents articles et au droit international général. Ce membre de phrase avait été diversement accueilli, certains se prononçant pour son maintien et d'autres contre. Parmi ces derniers, certains avaient fait valoir que si on le conservait, ce membre de phrase risquait de donner

lieu à des interprétations unilatérales du projet d'articles et, partant, à une multiplication abusive des exceptions à la règle de l'immunité des Etats. En seconde lecture, la Commission a finalement décidé ae le supprimer, considérant que toute immunité ou exception à la règle de l'immunité accordée en vertu des présents articles serait sans effet sur le droit international général comme sur le développemeut futur de la pratique des Etats. Si les articles prenaient la forme d'une convention, ils ne seraient applicables qu'entre les Etats qui deviendraient Parties à cet instrument.

4) L'article 5 constitue aussi l'énoncé du principe de l'immunité des Etats qui est à la base du présent projet d'articles; il ne préjuge pas la question de la mesure dans laquelle les articles - y compris l'article 5 lui-même - doivent être considérés comme codifiant les règles du droit international en vigueur.

Article 6

Modal és pour donner effet à l'immunité des Etak

1. Un Etat donne effet à l'immunité des Etats prévue par l'article 5 en s'abstenant d'exercer sa juridiction dans une procédure devant ses tribunaux contre un autre Etat et, à cette fin, veille à ce que ses tribunaux établissent d'office que l'immunité de cet autre Etat prévue par l'article 5 est respectée.

2. Une procédure devant un tribunal d'un Etat est considérée comme étant intentée contre un autre Etat lorsque celui-ci :

a) Est cité comme partie à la procédure; ou

b) N'est pas cité comme partie à la procédure, mais que cette procédure vise en fait à porter atteinte aux biens, droits, intérêts ou activités de cet autre Etat.

Commentaire

Paragraphe 1

1) On a essayé, dans le projet d'article 6, de déterminer, au paragraphe 1, le contenu de l'obligation de donner effet à l'immunité des Etats et la manière de s'en acquitter. La règle de l'immunité des Etats peut être appréhendée du point de vue de l'Etat qui donne ou accorde l'immunité juridictionnelle, auquel cas il est légitime de prévoir un article

complémentaire distinct 69/. L'accent est donc mis non pas tant sur la souveraineté de 1 'Etat qui revei l'immunité que, plus précisément, sur l'indépendance et la souveraineté de l'Etat auquel le droit international demande de reconnaître et d'accorder l'immunité juridictionnelle à un autre Etat. Il va de soi que l'obligation de donner effet à l'immunité des Etats énoncée à l'article 6 s'applique uniquement dans les cas où l'Etat qui invoque l'immunité a le droit d'en bénéficier en vertu des présents articles. Puisque, selon le projet d'article 5, un Etat est expressément soustrait à la "juridiction . . . d'un autre Etat", on présuppose clairement et sans ambiguïté l'existence de la "juridiction" de cet autre Etat dans le cas considéré, car si celle-ci faisait défaut, il serait absolument inutile d'invoquer la règle de l'immunité des Etats. Il y a donc ainsi un lien nécessaire et indissoluble entre l'immunité des Etats et l'existence de la juridiction d'un autre Etat à l'égard de la matière en question.

2) La même proposition initiale pourrait très bien être formulée dans 1 'autre sens, en prenant comme point de départ la juridiction d'un Etat, après en avoir affirmé sans ambiguïté l'existence. Le paragraphe 1 prévoit l'obligation de s'abstenir d'exercer cette juridiction dans la mesure où cet exercice met en jeu, concerne ou affecte de toute autre manière un autre Etat qui peut se prévaloir de l'immunité et qui n'accepte pas de se soumettre à la juridiction du premier. Cette restriction à l'exercice de la juridiction est presc-ite en tant que règle de droit international et doit recevoir effet conformément à des règles détaillées qui seront examinées et précisées dans des projets d'articles ultérieurs. Si l'obligation faite à l'Etat de s'abstenir d'exercer sa juridiction à l'encontre d'un Etat étranger peut être considérée comme une règle générale, elle n'est pas pour autant absolue :

69/ Il n'est pas rare de trouver des dispositions spécifiques à cet effet dans les législations nationales. Voir, par exemple, le United Kingdom State Immunity Act (Art. 1, par. 2)), le Singapore State Immunity Act (art. 3, par. 2)), la Pakistan State Immunity Ordinance (art. 3, par. 2)), le South Africa Foreign States Immunities Art (art. 2, par. 2)), le Canada Art. to Provide for State Immunity in Canadian Courts (art. 3, par. 2)). Voir aussi la Convention européenne sur l'immunité des Etats (supra., note 41), art. 15.

elle doit s'appliquer conformément aux dispositions des présents articles. Du point de vue de la souveraineté absolue de l'Etat exerçant sa juridiction ronformément à sa législation interne, toute restriction ou suspension de cet exercice en application d'une prescription du droit international pourrait être considérée comme une limitation.

3) Toute question concernant l'immunité juridictionnelle d'un Etat postule donc en premier lieu l'existence de la "juridiction" d'un autre Etat dont la validité est établie tout d'abord au regard des règles de droit interne de ce dernier Etat et, en dernière analyse, la possibilité d'assumer et d'exercer cette juridiction sans enfreindre aucune norme fondamentale du droit international public. C'est à ce moment que la question de l'applicabilité du principe de l'immunité des Etats peut se poser. Il convient toutefois de souligner que, dans le cadre de l'examen de ce sujet, la Commission ne se préoccupe pas de la compatibilité du droit interne d'un Etat avec les règles du droit international général relatives à l'étendue de la juridiction. Sans une juridiction dont la validité est établie, il n'y aurait aucune nécessité de revendiquer l'immunité juridictionnelle et encore moins d'établir le bien-fondé d'une telle revendication. L'autorité compétente pour établir la validité de la juridiction peut varier selon le droit interne, quoique, dans la pratique, les tribunaux soient généralement compétents pour déterminer l'existence, l'étendue et les limites de leur propre juridiction.

4) Il est tentant de négliger la question de la juridiction et de se prononcer sur la question de l'immunité sans s'assurer au préalable de l'existence de la juridiction si elle est contestée pour d'autres motifs. Or le tribunal doit s'assurer qu'il est compétent avant d'entamer la procédure d'examen de la demande d'immunité juridictionnelle. Dans la pratique, le tribunal n'est pas tenu de suivre un ordre de priorité établi pour l'examen des questions de juridiction posées par les parties. Il n'y a souvent aucune règle qui l'oblige à achever l'examen des autres exceptions ou objections concernant la juridiction avant de statuer sur la question de l'immunité juridictionnelle.

5) La deuxième partie du paragraphe 1 (“et, à cette fin, veille à ce que ses tribunaux établissent d'office que l'immunité de cet autre Etat prévue par l'article 5 est respectée”) a été ajoutée au texte adopté en première lecture. Elle vise à préciser et à renforcer l'obligation énoncée dans la première partie du texte. En effet, le respect de l'immunité des Etats sera d'autant mieux assuré que les tribunaux de l'Etat du for, au lieu de se borner à agir sur la base d'une déclaration de l'Etat mis en cause, prendront l'initiative d'établir si la procédure est effectivement dirigée contre l'Etat en question et si cet Etat est habilité à invoquer 1 'immunité. Le fait de se présenter devant les tribunaux étrangers pour invoquer l'immunité aura nécessairement des incidences financières importantes pour l'Etat qui conteste l'exercice de la juridiction et il ne faudra donc pas en faire nécessairement le préalable à l'établissement de l'immunité de l'Etat. Mais la présente disposition ne vise pas non plus à diseuader l'Etat qui conteste l'exercice de la juridiction de se présenter devant les tribunaux, car c'est pour lui la façon la plus sûre d'obtenir satisfaction. L'expression "veille à ce que ses tribunaux” est utilisée pour bien indiquer que l'obligation est à la charge de l'Etat du for, à qui il appartient de lui donner effet conformément à ses procédures internes. Là encore, la référence à l'article 5 indique que la disposition ne saurait être interprétée comme préjugeant la question de savoir si l'Etat a effectivement le droit de bénéficier de l'immunité en vertu des présents articles.

Paragraphe 2

6) Le paragraphe 2 traite de la procédure intentée devant le tribunal d'un Etat contre un autre Etat. Il y a diverses manières dont un Etat peut être mis en cause ou impliqué dans une procédure judiciaire, contentieuse ou non contentieuse, devant le tribunal d'un autre Etat.

7) Une procédure devant un tribunal d'un Etat est considérée comme étant intentée contre un autre Etat si celui-ci est cité comme partie à la procédure ou, lorsqu'il n'est pas lui-même partie à la procédure, si cette procédure vise en fait à porter atteinte aux biens, droits, intérêts ou activités de cet autre Etat. Le libellé a été modifié en seconde lecture, afin d'établir une distinction bien nette entre ces deux cas.

Paragraphe 2, alinéa a)

8) Un Etat est certainement mis en cause dans une affaire portée devant les tribunaux d'un autre Etat si une action est nommément intentée contre lui. La question de l'immunité ne se pose que lorsque **l'Etat** défendeur n'est pas disposé ou ne consent pas **à** ce qu'une action soit engagée contre lui. Elle ne se pose pas si **l'Etat** consent à être partie à l'action qui lui est intentée.

9) Bien que dans la pratique des Etats l'immunité juridictionnelle ait été souvent accordée dans des cas où aucun Etat en tant que tel n'était nommément cité à comparaître dans une procédure judiciaire, il existe en fait un nombre surprenant de cas d'implication directe dans des procédures où des Etats sont effectivement cités comme défendeurs 70/.

10) L'alinéa a) du paragraphe 2 s'applique à toute procédure dans laquelle sont cités **l'Etat** lui-même ou une des entités ou personnes qui sont habilitées **à** invoquer l'immunité de juridiction en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 2.

Paragraphe 2, alinéa b)

11) Sans clore la liste des bénéficiaires des immunités de **l'Etat,** il est nécessaire de noter que les actions impliquant la saisie ou la saisie-arrêt de **biens** publics ou de biens appartenant à un Etat étranger ou en sa possession ou sous son contrôle ont été considérées dans la pratique des Etats comme des actions mettant en cause le souverain étranger ou cherchant à contraindre **l'Etat** étranger à se soumettre à la juridiction locale. Ces actions comprennent non seulement les actions **in rem** ou les actions en matière maritime contre des navires appartenant **à l'Etat** ou utilisés par **l'Etat**

70/ Voir, par exemple, **F.** Advokaat **c.** 1. **Schuddinck & den Belgischen Staat** (1923) (**Annual Digest of Public International Law Cases, 1923-1924,** Londres, 1933, vol. 2, affaire No 69, **p.** 133); **United States of America** c. **Republic of China** (1950) (**International** Law Reports. **1950,** Londres, 1956, vol. 17, affaire No 43, **p.** 168); **The "Hai Hsuan" - United States** of **America c. Yong** Soon **on Fe andoanothe** 1950) (ibid., affaire No 44, p. 170); Stato di **Grecia** c . **Di Capone** (1926) (**Rivista de diritto internazionale,** Rome, série III, vol. VI, 1927, **p.** 102); **Pauer c. République populaire hongroise** (1956) (**International Law Reports,** 1957, Londres, 1961, vol. 24, p. 211); Alfred **Dunhill** of **London Inc. c. Republic** of **Cuba** (1976) (**International Legal Materials,** Washington (D.C.), vol. XV, NO 4, juillet 1976, **p.** 735).

aux fins de la défense ou à d'autres fins pacifiques 71/, mais également les mesures de saisie conservatoire et de saisie exécutoire. L'ordonnance de saisie exécutoire ne sera pas examinée dans la présente partie du rapport, puisqu'elle ne concerne pas uniquement l'immunité de juridiction, mais également l'immunité d'exécution, qui se situe à un stade ultérieur du processus des immunités juridictionnelles 72/.

12) Comme on l'a vu, les règles de droit sur les immunités des Etats se sont dégagées dans la pratique des Etats non pas tant à partir d'actions directement engagées contre des Etats ou gouvernements étrangers en tant que tels, mais plus indirectement à partir d'une longue série d'actions visant la saisie ou la **saisie-arrêt** de navires pour la constitution de privilèges maritimes ou pour le règlement de dommages-intérêts en cas d'abordage ou de primes de sauvetage 73/. La pratique des Etats est riche d'exemples dans lesquels les immunités de l'Etat ont été accordées pour des navires

---

71/ Voir à cet égard la Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat (Convention de Bruxelles de 1926) (SDN, Recueil des Traités, vol. CLXXVI, p. 199), la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë (Genève, 1958) (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 516, p. 205), la Convention sur la haute mer (Genève, 1958) (ibid., vol. 450, p. 11) et la Convention sur le droit de la mer (Montego Bay, 1982) (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.83.V.5).

72/ Voir ci-dessous les projets d'articles 18 et 19.

73/ Voir, par exemple, The Schooner "Exchange" c. McFaddon (1812) (W. Cranch, Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States, 3ème éd., (New York, Banks Law Publishing, 1911). vol. VII, p. 116); The "Prins Frederik" (1820) (J. Dodson, Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Admiralty, vol. II (1815-1922), Londres, 1828, p. 451); The "Charkieh" (1873) (Royaume-Uni, The Law Reports, High Court of Admiralty and Ecclesiastical Courts, 1875, vol. IV, p. 97).

de guerre 74/, des forces en visite 75/, des munitions et armes 76/ et des aéronefs 77/. L'Etat étranger peut se prévaloir de l'immunité non seulement s'il peut justifier d'un droit ou d'un titre de propriété sur les biens considérés 78/, mais de toute évidence également si les biens en question se trouvent en sa possession ou sous son contrôle de fait 79/. Le tribunal ne doit pas exercer sa juridiction de façon telle qu'il mette un Etat souverain étranger devant l'alternative suivante : être privé de ses biens ou se soumettre à sa juridiction 80/.

74/ Voir, par exemple, The "Constitution" (1879) (Royaume-Uni, The Law Reports, Probate Division, 1879, vol. IV, p. 39); Le "Ville de Victoria" et Le "Sultan" (1887) (cf. G. Gidel, Le droit international public de la mer Paris, Sirey, 1932, vol. II, p. 303); "El Presidente Pinto" (1891) et "Assari Tewfik" (1901) (cf. C. Baldoni, "Les navires de guerre dans les eaux territoriales étrangères", Recueil des cour6 de l'Académie de droit international de La Haye, 1938-III, Paris, Sirey, 1938, vol. 65, p. 247 et suiv.).

75/ Voir, par exemple, The Schooner "Exchange" (1812) et les accords sur le statut des forces, mentionnés ci--dessus note 35.

76/ Voir, par exemple, Vavasseur c. Krupp (1878) (Royaume-Uni, The Law Reports, Chancery Division, 1878, vol. IX, p. 351).

77/ Voir, par exemple, l'affaire Hong Kong Aircraft - Civil Air Transport Inc. c. Central Air Transport Corp. (1953) (Royaume-Uni, The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council, 1953, p. 70).

78/ Voir, par exemple, Juan Ysmael & CO. c. Government of the Republic of Indonesia (1954) (International Law Reports, 1954, Londres, 1957, vol. 21, p. 95), et également des affaires concernant les comptes bancaires d'un gouvernement étranger, comme Trendtex Trading Corporation Ltd c. The Central Bank of Nigeria (1977) (International Legal Materials, Washington (D.C.), vol. XVI, No 3, mai 1977, p. 471).

79/ Voir, par exemple, The "Philippine Admiral" (1975) (International Legal Materials, vol. XV, No 1, janvier 1976, p. 133).

80/ Dollfus Mieg et Cie S.A. c. Bank of England (1950) (voir ci-dessus note 49).

13) L'alinéa b) vise les situations où l'Etat n'est pas nommément désigné dans la procédure mais s'y trouve indirectement impliqué, par exemple dans le cas d'une action in rem portant sur un bien de l'Etat, tel qu'un navire de guerre. La rédaction adoptée en première lecture a été simplifiée en seconde lecture. Tout d'abord la clause "dans la mesure où cette procédure vise en fait à obliger cet Etat . . . à se soumettre à la juridiction du tribunal" qui, dans l'hypothèse envisagée, est dépourvue de sens, a été supprimée. Dans la dernière partie de la phrase, les mots "supporter les conséquences d'une décision du tribunal qui peuvent avoir une incidence à l'égard des" ont également été supprimés car, apparemment, ils établissaient une relation trop lâche entre la procédure et les conséquences qu'elle engendre pour l'Etat en cause' et pouvaient donc conduire à des interprétations trop extensives du paragraphe. Pour rendre le texte plus précis à cet égard, ces mots ont donc été remplacés par "porter atteinte aux". Enfin le Comité a supprimé le paragraphe 3 qui, vu la définition très précise du terme "Etat" à l'article 2, n'avait plus de raison d'être.

Article 7

Consentement exprès à l'exercice de la juridiction

1. Un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat à l'égard d'une matière ou d'une affaire s'il a consenti expressément à l'exercice de la juridiction de ce tribunal à l'égard de cette matière ou de cette affaire :

a) Par accord international;

b) Dans un contrat écrit; ou

c) Par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite dans une procédure déterminée.

2. L'accord donné par un Etat pour l'application de la loi d'un autre Etat n'est pas réputé valoir consentement à l'exercice de la juridiction des tribunaux de cet autre Etat.

Commentaire

1) Dans la présente partie du projet d'articles, l'article 5 énonce la règle de l'immunité des Etats, tandis que l'article 6 indique les modalités pour donner effet à l'immunité des Etats. De ces deux propositions découle logiquement le troisième élément qui est la notion de "consentement" 81/, dont les diverses formes font l'objet des articles 7, 8 et 9 82/.

Paragraphe 1

a) La pertinence du consentement et ses conséquences

2) Le paragraphe 1 ne concerne que le consentement exprès donné par un Etat comme spécifié dans la disposition, c'est-à-dire le consentement donné par un Etat dans un accord international, un contrat écrit, une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite dans une procédure déterminée.

i) L'absence de consentement en tant qu'élément essentiel de l'immunité des Etats

3) Comme le laisse supposer l'article 5 sur l'immunité des Etats et comme l'indique plus clairement l'article 6 relatif à l'obligation de s'abstenir de soumettre un autre Etat à sa juridiction, il y a présomption d'absence ou de défaut de consentement de la part de l'Etat contre lequel il est demandé au tribunal d'un autre Etat d'exercer sa juridiction. L'immunité des Etats, dont le principe est énoncé à l'article 5, ne s'applique pas si l'Etat en question a consenti à l'exercice de la juridiction du tribunal d'un autre Etat.

81/ La notion de "consentement" présente aussi un intérêt pour la doctrine de l'immunité des Etats à un autre égard. L'Etat territorial ou l'Etat d'accueil est parfois considéré comme ayant consenti à la présence de forces étrangères d'une nation amie traversant son territoire et comme ayant renoncé à l'exercice normal de sa juridiction à l'égard de ces forces. Voir, par exemple, le Chief Justice Marshall dans The Schooner "Exchange" c. McFaddon (1812) (voir plus haut note 73).

82/ Pour la pratique législative des Etats, voir, par exemple, United States Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 (art. 1605 a) 1)); United Kingdom State Immunity Act de 1978 (art. 2); Singapore State Immunity Act de 1979 (art. 4); Pakistan State Immunity Ordinance de 1981 (art. 4); South Africa Foreign States Immunities Act de 1981 (art. 3); Canada Act to provide for State Immunity in Canadian Courts (art. 4) et Australia Foreign States Immunities Act de 1985 (art. 10).

L'article 6 ne fait pas obligation à un Etat de s'abstenir d'exercer sa juridiction, conformément à ses règles de compétence, sur ou contre un autre Etat qui a consenti à cet exercice. L'obligation de s'abstenir de soumettre un autre Etat à sa juridiction n'est pas une obligation absolue. Elle est expressément subordonnée à l'absence ou au défaut de consentement de la part de l'Etat contre lequel la juridiction tente de s'exercer.

4) Le consentement, dont l'absence devient ainsi un élément essentiel de l'immunité des Etats, mérite de retenir de très près l'attention. L'obligation de s'abstenir d'exercer une juridiction contre un autre Etat ou de mettre en cause un autre gouvernement souverain repose sur une affirmation ou sur une présomption que cet exercice est sans consentement. Le défaut de consentement paraît être présumé plutôt qu'affirmé dans chaque cas. L'immunité des Etats s'applique sous la condition que l'Etat contre lequel la juridiction s'exercerait ne consente pas à s'y soumettre ou ne s'y soumette pas. Sauf indication contraire' cette absence de volonté ou de consentement est généralement présumée. Le tribunal exerçant sa juridiction contre un Etat étranger défaillant ne part généralement pas du principe ni ne présume - il ne peut le faire - que cet Etat consent ou est prêt à se soumettre à sa juridiction. Pour qu'une juridiction ou une compétence existant à l'égard d'un autre Etat puisse être exercée, il faut que le consentement soit prouvé ou qu'il puisse l'être.

5) La mention de l'absence de consentement comme une condition sine qua non de l'application de l'immunité des Etats est corroborée par la pratique des Etats. Certaines des réponses des Etats Membres au questionnaire qui leur a été envoyé illustrent clairement ce lien entre l'absence de consentement et l'exercice licite de la juridiction 83/. S'agissant de l'obligation de

---

83/ Voir, par exemple, la réponse de la Trinité-et-Tobago (juin 1980) à la question 1 du questionnaire adressé aux gouvernements :

> "La common law de la République de Trinité-et-Tobago prévoit de manière spécifique l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers et de leurs biens et de façon générale le non-exercice de la juridiction sur les Etats étrangers et leurs biens sans leur consentement. Un tribunal saisi d'une affaire tendant à mettre en cause un souverain étranger ou un Etat étranger appliquerait les règle6 pertinentes du droit international coutumier. " (Nations Unies, Documentation concernant Les immunités juridictionnelles . ..., p. 610)

décliner l'exercice de la juridiction, on trouve parfois dans les textes judiciaires, comme équivalent de l'expression "sans consentement", souvent utilisée, des expressions telles que "contre la volonté de l'Etat souverain" ou "contre le souverain qui ne s'y prête pas" 84/.

ii) Le consentement en tant que condition de l'exercice de la juridiction

6) L'absence de consentement empêche l'exercice de la juridiction, mais il est intéressant d'examiner les effets du consentement de l'Etat intéressé. Logiquement, l'existence du consentement de l'Etat contre lequel une procédure est engagée devrait lever cet important obstacle à une affirmation de compétence et à l'exercice de la juridiction. Si l'absence de consentement est considérée comme un élément constitutif essentiel de l'immunité des Etats ou, inversement, comme privant de son pouvoir un tribunal par ailleurs compétent pour exercer sa juridiction, l'expression de son consentement par l'Etat intéressé lève cet empêchement à l'exercice de la juridiction. Avec le consentement de l'Etat souverain, le tribunal d'un autre Etat se trouve ainsi habilité à exercer sa juridiction en vertu de ses règles générales de compétence, comme si l'Etat étranger était un simple étranger ami capable d'intenter une action et d'être défendeur à une action dans des conditions ordinaires, sans faire intervenir aucune doctrine ou règle de l'immunité des Etats ou de l'immunité souveraine 85/.

84/ Voir, par exemple, lord Atkin dans The "Cristina" (1938), (Annual Digest . . . . 1938-1940, Londres, 1942, vol. 9, affuire No 86, p. 250) :

> "Le demande tendant à annuler l'ordre de saisie d'un navire se fonde sur deux propositions du droit international incorporées dans notre droit interne, qui me paraissent bien établies et indiscutables. La première veut que les tribunaux d'un pays n'intentent pas d'action contre un souverain étranger, c'est-à-dire qu'ils ne l'obligent pas contre son gré à devenir partie à une action judiciaire, que cette action comprenne des poursuites contre sa personne ou vise à obtenir de lui des dommages-intérêts précis." (ibid., p. 252)

85/ Ainsi, les Principes de procédure civile de l'Union soviétique et des républiques de l'Union, approuvés en tant que loi de l'Union des Républiques socialistes soviétiques avec effet à compter du 8 décembre 1961, prévoient à l'article 61 que : "L'institution d'une action contre un Etat étranger, l'admission d'une plainte contre lui et la saisie de ses biens situés en URSS ne peuvent être autorisées qu'avec le consentement des organes compétents de l'Etat intéressé". (Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 40)

b) Les d expression du consentemen à l'exercice de la juridiction

7) En tant qu'explication partielle ou que justification de la doctrine de l'immunité des Etats, on se réfère plus généralement au consentement pour désigner le consentement de l'Etat à ne pas exercer sa juridiction normale contre un autre Etat ou à renoncer à sa juridiction, existant valablement par ailleurs, sur un autre Etat sans le consentement de ce dernier. La notion de consentement intervient donc de plusieurs façons : il s'agit, en premier lieu, du consentement de l'Etat à renoncer à exercer sa juridiction, l'autre Etat étant alors exempt de cette juridiction et, dans les cas à l'examen, du consentement à l'exercice de la juridiction d'un autre Etat, qui exclut l'application de la règle de l'immunité des Etats. Un Etat peut consentir à l'exercice de la juridiction par un autre Etat à l'égard d'une affaire déterminée. En outre, le consentement d'un Etat à l'égard d'une matière peut être limité à une affaire déterminée seulement, et ne touchera dès lors pas l'immunité de l'Etat au sujet d'une matière analogue dans une autre affaire. C'est pourquoi, en seconde lecture, la Cominission a modifié légèrement la phrase liminaire de ce paragraphe, dont la fin se lit maintenant : "à 1 'égard d'une matière ou affaire".

8) Dans les circonstances examinées, c'est-à-dire dans le cas d'un Etat contre lequel une action en justice est intentée, il semble y avoir différents modes d'expression ou de signification du consentement. Il convient de dire qu'en l'occurrence le consentement ne doit pas être considéré comme allant de soi et ne doit pas être facilement induit. Toute théorie selon laquelle un "consentement tacite" peut constituer une exception aux principes généraux des immunités des Etats exposés dans la présente partie doit être considérée non pas comme une exception en eile-même mais bien plutôt comme une explication ou une justification supplémentaire à l'appui d'une exception, par ailleurs valable et généralement reconnue. En aucun cas, il n'y a donc lieu de présumer le consentement d'un Etat qui ne se montre pas disposé à consentir et qui n'a pas exprimé son consentement clairement et sans équivoque, y compris par les modes prévus à l'article 8. Il reste à voir comment ce consentement doit être donné ou exprimé pour dégager le tribunal d'un autre Etat de son obligation de s'abstenir d'exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat également souverain.

i) Consentement donné dans un contrat écrit ou par une déclaration ou une communication écrite dans une procédure déterminée

9) Il existe une preuve tangible et indiscutable du consentement de l'Etat lorsque celui-ci donne son consentement dans un contrat écrit comme il est prévu à l'alinéa b) 86/ ou par écrit et spécialement pour le cas d'espèce, alors que le différend est déjà né, comme il est prévu à l'alinéa c). Dans ce dernier cas l'Etat est toujours libre de connnuniquer l'expression de son consentement à l'exercice de la juridiction du tribunal d'un autre Etat dans une action intentée contre lui-même ou dans laquelle il a un intérêt, en manifestant ce consentement par voie de déclaration dûment prononcée devant le tribunal par un de ses représentants habilités à cet effet, tels qu'un agent ou un conseil, ou de communication écrite par les voies diplomatiques ou encore par tout autre processus de communication généralement accepté. De la même façon, un Etat peut aussi faire connaître son opposition ou son défaut de consentement ou démentir par écrit toute allégation ou assertion de consentement 87/. Tel qu'il était initialement libellé, l'alinéa c) prévoyait que l'Etat pouvait donner son consentement dans une déclaration devant le tribunal dans une affaire déterminée. Mais on a fait observer qu'un tel libellé obligerait l'Etat souhaitant faire une telle déclaration à envoyer spécialement un représentant devant un tribunal national, alors qu'il devait être possible de la faire par communication écrite au demandeur ou au tribunal. En seconde lecture, la Commission a donc ajouté la dernière partie

---

86/ Voir, par exemple, Buverischer Rundfunk C. Schiavetti Magnani (Corte di Cassazione, 12.1.1987) (Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1988, vol. 24, p. 512) concernant l'emploi en Italie d'un journaliste italien par une entreprise publique allemande de radiodiffusion. Le tribunal a jugé que, les parties étant convenues dans le contrat de travail de conférer juridiction exclusive aux tribunaux italiens, Bayerischer Rundfunk ne pouvait invoquer l'immunité de juridiction et devait être traitée comme une entreprise privée.

87/ Voir, par exemple, les déclarations écrites présentées au tribunal par des diplomates accrédités dans Krajina c. The Tass Agency and another (1949) et dans First Fidelity Bank c. The Government of Antigua and Barbuda (1989) (877 F.2d, p. 189, United States Court of Appeals, 2nd Cir., 7 juin 1989); cf. Compañía Mercanti1 Areentina c. United States Shipping Board (1924) et Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo (1956) (affaires citées plus haut, note 47).

de l'alinéa c), qui permet à l'Etat de consentir à l'exercice de la juridiction par voie de communication écrite. En outre, les mots "dans une affaire déterminée" ont été remplacés en seconde lecture par les mots "dans une procédure déterminée", de manière à assurer une meilleure coordination entre l'alinéa c) et la phrase introductive du paragraphe.

ii) Consentement préalable par voie d'accord international

10) Le consentement de l'Etat peut être donné pour une. ou plusieurs catégories de différends ou d'affaires. Cette méthode lie l'Etat consentant selon la manière dont le consentement est donné et les circonstances dans lesquelles il l'est, et avec les restrictions que l'expression du consentement comporte. La force obligatoire du consentement dépend de la partie qui l'invoque. Par exemple, comme il est prévu à l'alinéa a) du paragraphe 1, si le consentement est exprimé dans une disposition d'un traité conclu entre Etats, il a certainement force obligatoire pour l'Etat consentant, et les Etats parties habilités à se prévaloir des dispositions du traité peuvent se prévaloir de l'expression de ce consentement 88/. Le droit des traités confirme la validité de l'expression du consentement à la juridiction ainsi que l'applicabilité d'autres dispositions du traité. En conséquence, les liens de droit établis par le traité interdisent aux entités qui n'y sont pas parties de se prévaloir des avantages découlant de ses dispositions. De même, si le consentement est exprimé dans une disposition d'un accord international conclu entre des Etats et des organisations internationales, l'effet de ce consentement vaut pour toutes les parties, y compris les organisations internationales. En revanche, la mesure dans laquelle des personnes physiques ou morales peuvent se prévaloir d'une disposition du traité ou de l'accord international dépend normalement des dispositions précises du droit interne concernant l'application des traités.

88/ Voir une affaire récente, Frolova c. Union of Soviet Socialist Republics (761 F.2d, p. 370, United States Court of Appeals, 7th Cir., ler mai 1985. The American Journal of International Law, vol. 79, p. 1057 (1985)). La Court of Appeals des Etats-Unis a conclu qu'en signant la Charte des Nations Unies et les Accords d'Helsinki, l'Union soviétique n'avait pas renoncé implicitement à l'immunité dont elle jouissait en vertu du Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA). La Cour a noté que dans les rapports de la Commission du Congrès sur le FSIA la renonciation conventionnelle était mentionnée à propos des renonciations explicites mais n'était pas citée comme exemple de renonciation implicite.

11) La pratique des Etats ne va pas jusqu'à admettre pour autant que le tribunal d'un Etat soit tenu d'exercer sa juridiction sur ou contre un autre Etat souverain qui aurait préalablement exprimé son consentement à l'exercice de cette juridiction dans une disposition d'un traité ou d'un accord international 89/, voire dans une stipulation expresse d'un contrat 90/ conclu avec la personne physique ou morale concernée. Si l'Etat qui a donné son consentement exprès sous l'une de ces formes peut être lié par ce consentement en vertu du droit international ou du droit interne, l'exercice de la juridiction ou la décision d'exercer ou de ne pas exercer la juridiction est exclusivement du ressort et de la compétence du tribunal saisi lui-même. En d'autres termes, les règles régissant l'expression du consentement par l'Etat impliqué dans un litige ne lient pas de façon absolue le tribunal d'un autre Etat, qui est libre de continuer à s'abstenir

---

89/ C'est le cas dans certains traités multilatéraux tels que la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (voir ci-dessus note 41) et la Convention de Bruxelles de 1926 (voir ci-dessus note 71), et ceux énumérés dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles . . . , 3ème partie, sect. B, p. 150 et suiv. Il existe en outre de nombreux accords commerciaux bilatéraux pertinents entre pays non socialistes, entre pays socialistes et pays développés et entre pays socialistes et pays en développement (ibid., 3ème partie, sect. A.3 et A.4, p. 140 et suiv.).

90/ Voir, par exemple, un accord entre la Banque française du commerce extérieur et le Royaume de Thaïlande, signé le 23 mars 1978 à Paris par le représentant autorisé du Ministère des finances thaïlandais. Le paragraphe 3.04 de l'article III dispose :

> "Aux fins de la juridiction et de l'exécution de tout jugement ou décision, le Garant déclare renoncer à tout droit d'invoquer devant un tribunal arbitral ou une juridiction officielle, ou devant une autre autorité, aucun moyen ou exception fondé sur son immunité souveraine." (Malaya Law Review, Singapour, vol. 22, No 1, juillet 1980, p. 192, note 22).

d'exercer sa juridiction sous réserve naturellement de toute règle du droit interne de l'Etat intéressé. Le tribunal peut et doit établir ses propres règles et imposer ses propres conditions en ce qui concerne la manière dont ce consentement doit être donné pour avoir les conséquences voulues. Le tribunal peut refuser de reconnaître la validité d'un consentement qui est donné à l'avance et non pas à l'occasion de l'instance, ou qui n'est pas donné devant l'autorité compétente ou in facie curiae 91/. La proposition formulée dans le projet d'article 7 est donc facultative et non pas impérative pour le tribunal. Le tribunal peut exercer ou non sa juridiction. Le droit international coutumier ou la coutume internationale reconnaît au tribunal le droit d'exercer sa juridiction à l'égard d'un autre Etat qui a exprimé son consentement en des termes ne laissant place à aucune incertitude, mais l'exercice effectif de cette juridiction relève exclusivement du pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui peut soumettre l'expression du consentement à une règle plus stricte.

12) Le consentement à l'exercice de la juridiction dans une procédure devant le tribunal d'un autre Etat vaut aussi pour la juridiction des tribunaux compétents pour connaître des voies de recours à tout stade ultérieur de la procédure, jusques et y compris la décision du tribunal compétent en dernière instance et en révision ou en cassation, mais non pour l'exécution du jugement.

Paragraphe 2

13) Le consentement d'un Etat à l'application de la loi d'un autre Etat n'est pas réputé valoir consentement à l'exercice de la juridiction des tribunaux de cet autre Etat. Le consentement à l'exercice de la juridiction et la loi applicable à l'affaire doivent être traités séparément. En seconde lecture, la Commission a ajouté le paragraphe 2 pour préciser ce point important.

91/ Voir, par exemple, Duff Development Company Ltd c. Government of Kelantan and another (1924) (voir ci-dessus note 30) : en donnant son assentiment à la clause compromissoire contenue dans un acte, ou en demandant aux tribunaux d'infirmer la sentence de l'arbitre, le Gouvernement du Kelantan ne s'est pas soumis à la juridiction de la Haute Cour dans la procédure ultérieurement engagée par la société pour obtenir l'exécution de la sentence (op. cit., p. 809 et 810). Voir aussi Kahan c. Pakistan Federation (1951) (voir ci-dessus note 31) et Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo (1956) (voir ci-dessus note 30).

Article 8

Effet de la participation à une procédure devant un tribunal

1. Un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat :

a) S'il a intenté lui-même ladite procédure; ou

b) Si, quant au fond, il est intervenu à ladite procédure ou y a participé de quelque façon que ce soit. Cependant, si l'Etat prouve au tribunal qu'il n'a pu avoir connaissance de faits sur lesquels une demande d'immunité peut être fondée qu'après avoir participé à la procédure, il peut invoquer l'immunité sur la base de ces faits, à condition de le faire sans retard.

2. Un Etat n'est pas réputé avoir consenti à l'exercice de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat s'il intervient dans une procédure ou y participe à seule fin :

a) D'invoquer l'immunité; ou

b) De faire valoir un droit ou un intérêt à l'égard d'un bien en cause dans la procédure.

3. La comparution d'un représentant d'un Etat devant un tribunal d'un autre Etat comme témoin n'est pas réputée valoir consentement du premier Etat à l'exercice de la juridiction de ce tribunal.

4. Le défaut de comparution d'un Etat dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat n'est pas réputé valoir consentement du premier Etat à l'exercice de la juridiction de ce tribunal.

Commentaire

1) L'article 8 traite des circonstances dans lesquelles la participation d'un Etat à une procédure devant les tribunaux d'un autre Etat peut être réputée valoir preuve du consentement dudit Etat à l'exercice de la juridiction par lesdits tribunaux. L'expression du consentement de la part de l'Etat qui consent à se soumettre à la juridiction, ou la communication de ce consentement, doivent être explicites. Le consentement peut aussi être attesté par un comportement actif de l'Etat; mais il ne peut être simplement présumé. Le silence, l'acquiescement ou l'inaction de la part de l'Etat ne vaut pas consentement. Comme exemple concret de comportement ou d'action qui équivaut à l'expression d'un assentiment, d'un agrément, d'un accord, d'une approbation ou d'un consentement à l'exercice de la juridiction, on peut citer le cas de l'Etat qui comparaît en s'opposant à la demande au fond. Ce comportement peut être le fait d'un Etat qui se porte partie jointe, que cet Etat soit ou non

disposé à se reconnaître lié par la décision ou qu'il ait ou non accepté préalablement l'exercice des voies d'exécution ou l'exécution du jugement 92/. En fait, l'expression du consentement par écrit, qui fait l'objet du projet d'article 7, et l'expression du consentement par le comportement, qui fait l'objet du présent commentaire, entraînent quasiment les mêmes résultats. Elles constituent une soumission volontaire d'un Etat à la juridiction et signifient la libre volonté d'un Etat souverain de se soumettre aux conséquences de la décision du tribunal d'un autre Etat, à l'exclusion des mesures de contrainte, qui exigent que cet Etat étranger y consente séparément.

Paragraphe 1

2) Il y a preuve sans équivoque du consentement de l'Etat à ce que le tribunal assume et exerce sa juridiction lorsque cet Etat comparaît en connaissance de cause pour s'opposer à une revendication ou se défendre dans un différend où il est impliqué ou dans une affaire où il a un intérêt, et que cette comparution est inconditionnelle et n'a pas eu lieu sous réserve de l'exception de l'immunité de l'Etat, et cela même si d'autres objections ont été élevées en l'espèce contre l'exercice de la juridiction, pour des motifs - autres que celui de l'immunité de juridiction - relevant soit des règles générales de conflit, soit des règles de compétence du tribunal saisi.

3) En choisissant de devenir partie à un litige devant le tribunal d'un autre Etat, l'Etat consent manifestement à l'exercice de la juridiction de ce tribunal, qu'il soit demandeur ou défendeur ou même tiers intervenant, et qu'il s'agisse d'une action in rem ou d'une procédure visant à la saisie d'un bien qui lui appartient ou dans lequel il a un intérêt ou qui est en sa possession ou en son contrôle.

92/ Si, pour des raisons pratiques, F. Laurent dans Le droit civil international (Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1881, t. III, p. 80 et 81) ne fait pas de distinction entre le "pouvoir de décider" (juridiction) et le "pouvoir d'exécuter" (exécution), le consentement d'un Etat à l'exercice par le tribunal d'un autre Etat du pouvoir de décider ne peut pas être présumé s'étendre à l'exercice du pouvoir de prendre des mesures d'exécution forcée ou d'exécuter un jugement contre l'Etat qui a consenti à l'exercice de la juridiction en comparaissant devant le tribunal sans opposer d'exception d'immunité de juridiction.

a) Introduction d'une procédure ou intervention dans une procédure

4) Un mode patent de soumission volontaire est celui qui consiste à introduire une action ou à engager une procédure devant un tribunal d'un autre Etat. En devenant demandeur devant l'autorité judiciaire d'un autre Etat, l'Etat qui cherche à obtenir satisfaction en justice ou prétend à d'autres formes de réparation se soumet manifestement à la juridiction du for. Incontestablement, l'Etat qui intente une action devant le tribunal d'un autre Etat s'est irrévocablement soumis à la juridiction de celui-ci dans la mesure où il ne peut plus s'opposer à l'exercice d'une juridiction qu'il a lui-même invoquée 93/.

5) Il en va de même lorsqu'un Etat intervient dans une action devant le tribunal d'un autre Etat, à moins que, comme il est stipulé au paragraphe 2, il n'intervienne à seule fin d'invoquer l'immunité ou d'opposer son immunité souveraine à l'exercice de la juridiction 94/. De même, l'Etat qui participe à une procédure se soumet volontairement à la juridiction du tribunal. Tout acte positif de participation à une procédure, quant au fond, accompli par un Etat de sa propre initiative et non sous la contrainte, est incompatible avec

---

93/ Par exemple, la Convention européenne sur l'immunité des Etats (voir ci-dessus note 41) dispose à l'article premier, paragraphe 1, que :

> "Un Etat contractant demandeur ou intervenant dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat contractant se soumet, pour la procédure ainsi engagée, à la juridiction des tribunaux de cet Etat."

94/ Ainsi, selon l'article premier, paragraphe. 3, de la Convention européenne sur l'immunité des Etats :

> "Un Etat contractant qui introduit une demande reconventionnelle devant un tribunal d'un autre Etat contractant se soumet à la juridiction des tribunaux de cet Etat tant pour la demande principale que pour la demande reconventionnelle."

Voir aussi the Republic of Portugal c. Algemene Olienandel International (AOI), Tribunal de district de Rotterdam, 2 avril 1982, NJ (1983) No 722. Netherlands Yearbook of International Law, vol. XVI, p. 522, 1985. Dans cette affaire, le tribunal a conclu que le Portugal ne pouvait prétendre à l'immunité de juridiction car il s'était volontairement soumis à la juridiction d'un tribunal néerlandais en s'élevant contre un jugement par défaut rendu par le tribunal de district de Rotterdam lui ordonnant de verser une somme d'argent à l'AOI.

une objection ultérieure selon laquelle il aurait été mis en cause contre son gré. L'alinéa b) prévoit aussi qu'un Etat peut invoquer l'immunité lorsqu'il est intervenu, quant au fond, dans une procédure avant d'avoir eu connaissance de faits sur lesquels une demande d'immunité pouvait être fondée. On a fait observer qu'il pourrait y avoir des circonstances où un Etat ne serait pas au courant de certains faits lui permettant de faire valoir son immunité. Il pourrait arriver que l'Etat intente une procédure ou intervienne dans une affaire avant d'avoir eu connaissance de ces faits. Les Etats devraient pouvoir, dans de telles situations, invoquer l'immunité à deux conditions : tout d'abord, l'Etat devra prouver au tribunal qu'il n'avait pu avoir connaissance des faits pouvant justifier une demande d'immunité qu'après avoir participé à la procédure ou pris des mesure8 quant au fond. En second lieu, l'Etat devra apporter cette preuve sans retard 95/. La seconde phrase du paragraphe 1 b), qui a été ajoutée en seconde lecture, répond à cette préoccupation.

b) Comparution sur une base volontaire

6) Un Etat peut être réputé avoir consenti à l'exercice de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat sans être lui-même demandeur ou intervenant dans une action devant ledit tribunal. Par exemple, un Etat peut décider de comparaître, comparaître volontairement, non à la suite d'une convocation ou d'une citation, mais de sa propre initiative pour présenter un argument ou faire valoir une réclamation indépendante en rapport avec l'action dont le tribunal d'un autre Etat est saisi. A moins qu'il ne s'agisse d'invoquer

---

95/ Voir, par exemple, le paragraphe 4, alinéas a) et b), de l'article 2 de la loi du Royaume-Uni de 1978 sur l'immunité des Etats, State Immunity Act 1978 (The Public General Acts. 1978, Londres, H.M. Stationery Office, 1978, première partie, chap. 33, p. 715) (texte reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 41 et suiv.). Le paragraphe 5 de cet article ne considère pas comme soumission volontaire une mesure prise par un Etat dans une action devant le tribunal d'un autre Etat :

> "[. ..] dans l'ignorance de faits lui donnant droit à l'immunité si ces faits ne pouvaient raisonnablement avoir été connus et si l'immunité est invoquée aussitôt qu'il est raisonnablement possible de le faire."

Tout retard apporté à invoquer l'immunité juridictionnelle à titre d'exception ou de fin de non-recevoir peut donner l'impression qu'il y a eu soumission.

l'immunité juridictionnelle dans l'action en cours, la comparution volontaire devant un tribunal d'un autre Etat constitue un autre exemple de soumission volonteire à la juridiction, qui fait échec à toute exception d'immunité.

Paragraphe 2

7) L'Etat ne consent cependant pas à l'exercice de la juridiction d'un autre Etat en comparaissant conditionnellement ou à seule fin de contester la juridiction au motif de l'existence d'une immunité souveraine ou d'une immunité d'Etat, mais si ces comparutions s'accompagnent d'une argumentation plus complète sur le fond pour établir l'immunité, elles peuvent amener le tribunal à exercer effectivement une juridiction 96/. La participation à la seule fin de s'opposer à la poursuite de la procédure n'est pas non plus considérée comme un consentement à l'exercice de la juridiction 97/.

96/ Il ne saurait y avoir de véritable consentement sans la pleine connaissance du droit d'opposer l'exception d'immunité de l'Etat, Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo (1956) (voir ci-dessus note 47), mais voir aussi le juge Jowitt dans Juan Ysmael & Co. c. Government of the Republic of Indonesia (1954) (voir ci-dessus note 78), où il dit incidemment qu'un gouvernement demandeur :

> "[. . .] doit produire au tribunal des preuves satisfaisantes que sa prétention n'est pas dénuée de fondement ni fondée sur un titre manifestement défectueux. Le tribunal doit aussi se convaincre que les droits opposés doivent être jugés eu égard à la prétention du gouvernement étranger." (op. cit., p.99)

Cf. l'affaire Hong Kong Aircraft (voir ci-dessus note 77). Lors du jugement en première instance (1950), sir Leslie Gibson, président de la Supreme Court de Hong Kong, n'avait pas considéré que de simples revendications de propriété étaient suffisantes (International Law Reports, 1950, Londres, 1956, vol. 17, affaire No 45, p. 173). Par opposition, voir le juge Scrutton dans The "Jupiter" No 1 (1924) (Royaume-Uni, The Law Reports, Probate Division, 1924, p. 236), et lord Radcliffe dans l'affaire des Lingots d'or (1952) (op. cit. (voir ci-dessus note 49), p. 176 et 177).

97/ Voir, par exemple, l'article 13 de la Convention européenne sur l'immunité des Etats :

> "Le paragraphe 1 de l'article 1 ne s'applique pas lorsqu'un Etat contractant fait valoir devant un tribunal d'un autre Etat contractant, saisi d'une procédure à laquelle il n'est pas partie, qu'il a un droit sur des biens qui font l'objet du litige dans la mesure où il aurait pu invoquer l'immunité si l'action avait été dirigée contre lui."

Voir aussi Dollfus Mieg et Cie S.A. c. Bank of England (1950) (voir ci-dessus note 49).

En outre, un Etat peut faire valoir un droit ou un intérêt à l'égard d'un bien en présentant un commencement de preuve à l'appui de sa revendication dans une procédure à laquelle il n'est pas partie, sans être soumis à la juridiction d'un autre Etat en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 2. Mais si l'Etat fait valoir un droit à l'égard d'un bien dans une procédure, il est réputé intervenir quant au fond et ne peut pas, par conséquent, invoquer l'immunité dans cet te procédure.

Paragraphe 3

8) Ce paragraphe a été introduit en seconde lecture pour définir un autre type de comparution d'un Etat, ou de ses représentants agissant à titre officiel, dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat qui ne vaut pas consentement du premier Etat à l'exercice de la juridiction de ce tribunal 98/. Cette exception à la règle de la non-immunité d'un Etat participant à une procédure devant un tribunal d'un autre Etat est toutefois limitée au cas où un Etat ou ses représentants comparaissent comme témoins devant un tribunal étranger pour affirmer, par exemple, qu'une personne donnée est un ressortissant de cet Etat, et ne vaut pas pour tous les cas où un Etat ou ses représentants comparaissent dans une procédure devant un tribunal étranger dans l'accomplissement de leur devoir d'assurer la protection des ressortissants dudit Etat 99/.

98/ Voir supra, note 95

99/ Toutefois, cette disposition est sans préjudice des privilèges et immunités accordés en vertu du droit international aux membres des missions diplomatiques et des postes consulaires d'un Etat en ce qui concerne la comparution devant les tribunaux d'un autre Etat dans une procédure judiciaire ou administrative. Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 (art. 31, par. 2) et la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 2.4 avril 1963 (art. 44, par. 1).

Paragraphe 4

9) En revanche, la non-comparution d'un Etat dans une action ne doit pas être considérée comme une soumission passive à la juridiction. Le terme "défaut" dans le présent article vise les cas de non-comparution, intentionnelle ou non intentionnelle, au sens procédural du terme, et s'entend sans préjudice des règles de fond concernant la comparution ou la non-comparution d'un Etat devant des tribunaux étrangers 100/. De même, il n'y a pas incompatibilité entre se prévaloir d'un intérêt à l'égard de biens en litige et invoquer l'immunité de juridiction 101/. Un Etat ne peut être contraint à comparaître devant le tribunal d'un autre Etat pour faire valoir un intérêt à l'égard de biens qui font l'objet d'une action réelle s'il décide de ne pas se soumettre à la juridiction du tribunal saisi.

100/ Ainsi dans Dame Lizarda dos Santos c. Republic of (Supreme Court, date non mentionnée) (extraits (en français) du Journal du droit international, 1988, vol. 115, p. 472), l'appel interjeté par une Brésilienne employée comme cuisinière à l'Ambassade d'Iraq contre la décision d'un tribunal de s'abstenir, de sa propre initiative, d'exercer sa juridiction, au motif que l'Iraq avait implicitement renoncé à son immunité, a été rejeté par le tribunal qui a déclaré que le simple fait que l'Etat ait opposé une fin de non-recevoir à la plainte ne pouvait être interprété comme une renonciation implicite à l'immunité.

101/ Par exemple, dans The "Jupiter" No 1 (1924) (voir ci-dessus note 96), le juge Hill a estimé devant la Cour d'appel qu'un writ in rem contre un navire qui était en la possession du Gouvernement soviétique devait être annulé dans la mesure où l'action contre le navire contraignait tous les créanciers à faire valoir leurs créances devant le tribunal, et dans la mesure où l'URSS se déclarait propriétaire et ne se soumettait pas à la juridiction. En revanche, voir aussi The "Jupiter" No 2 (1925) (Royaume-Uni, The Law Reports, Probate Division, 1925, p. 69), où le même navire était alors aux mains d'une société italienne et où le Gouvernement soviétique ne se prévalait d'aucun intérêt à l'égard du navire (Royaume-Uni, The Law Reports, Probate Division, 1925, p. 69).

Article 9

Demandes reconventionnelles

1. Un Etat qui intente une procédure devant un tribunal d'un autre Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ledit tribunal en ce qui concerne une demande reconventionnelle qui est fondée sur le même rapport de droit ou les mêmes faits que la demande principale.

2. Un Etat qui intervient pour introduire une demande dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ledit tribunal en ce qui concerne une demande reconventionnelle qui est fondée sur le même rapport de droit OU les mêmes faits que la demande introduite par lui.

3. Un Etat qui introduit une demande reconventionnelle dans une procédure intentée contre lui devant un tribunal d'un autre Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ledit tribunal en ce qui concerne la demande principale.

Commentaire

1) L'article 9 est la suite logique des articles 7 et 8. L'article 7 traite des effets du consentement exprès donné par un Etat à l'exercice de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat, et l'article 8 précise dans quelle mesure la participation d'un Etat à une procédure devant un tribunal d'un autre Etat peut être réputée valoir consentement. L'article 9 traite des effets des demandes reconventionnelles formées contre un Etat et des demandes reconventionnelles formées par un Etat, et complète ainsi la trilogie des dispositions sur l'étendue du consentement.

2) Conformément à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 8, un Etat peut engager une procédure devant le tribunal d'un autre Etat et, ce faisant, il consent ou se soumet à l'exercice de la juridiction de ce tribunal pour ce qui est de cette procédure en ce qui concerne aussi bien l'instruction que le jugement, les décisions et les recours. Le consentement à l'exercice de la juridiction ne signifie pas consentement à l'exécution qui est une question à part, qui sera examinée dans la quatrième partie à propos de l'immunité de saisie et d'exécution des biens d'Etat. La question peut se poser de savoir dans quelle mesure, du fait de l'initiative qu'il a prise d'engager une procédure, l'Etat demandeur pourrait se trouver soumis à la juridiction

des tribunaux de l'autre Etat ou être justiciable de ces tribunaux à l'égard des demandes reconventionnelles formées contre lui. De même, l'Etat contre lequel une procédure a été engagée devant un tribunal d'un autre Etat peut décider d'introduire une demande reconventionnelle contre la partie qui a engagé la procédure. Dans un cas comme dans l'autre, l'Etat est dans une certaine mesure justiciable du tribunal compétent puisque, chaque fois, on a la preuve manifeste qu'il consent, par son comportement ou la manifestation de sa volonté, à se soumettre à la juridiction de ce tribunal. L'expression du consentement par le comportement - cas de l'Etat qui engage une procédure ou intervient pour introduire une demande dans une procédure ou même pour introduire une demande reconventionnelle dans une procédure engagée contre lui - aura des conséquences variables selon que le consentement à l'exercice de la juridiction du tribunal compétent sera plus ou moins effectif. Dans chacun des trois cas, il importe de savoir quelle est la portée du consentement à l'exercice de la juridiction, et quels en sont les effets, dans les cas de demande reconventionnelle formée contre un Etat ou par un Etat.

a) Demandes reconventionnelles formées contre un Etat

3) La notion de "demande reconventionnelle" présuppose l'existence ou l'introduction d'une demande. La demande reconventionnelle est une demande qu'introduit un défendeur pour répondre à une demande principale ou initiale. Il y a donc deux cas dans lesquels une demande reconventionnelle peut être formée contre un Etat : premièrement, lorsque l'Etat a lui-même engagé une procédure devant un tribunal d'un autre Etat, comme il est prévu à l'alinéa 1 a) de l'article 8 et au paragraphe 1 de l'article 9, et deuxièmement, lorsque l'Etat n'a pas lui-même engagé de procédure mais est intervenu dans une procédure pour introduire une demande. Il y a une importante réserve à faire en ce qui concerne l'objet de l'intervention. A l'alinéa 1 b) de l'article 8, il est prévu qu'un Etat peut, quant au fond, intervenir à une procédure ou y participer de quelque façon que ce soit et, ce faisant, se soumettre à la juridiction du tribunal en ce qui concerne la procédure, avec la réserve énoncée dans le même alinéa. Le paragraphe 2 de l'article 9 prévoit le cas dans lequel un Etat intervient pour introduire une demande; il devient alors possible de former une demande reconventionnelle contre l'Etat à l'égard de la demande objet de son intervention. Cette possibilité de demande reconventionnelle n'existerait pas contre l'Etat qui interviendrait dans une procédure mais n'aurait pas aussi introduit

une demande se rapportant à cette procédure. Par exemple, un Etat peut intervenir en tant qu'amicus curiae, ou dans l'intérêt de la justice, ou pour faire une suggestion ou apporter des éléments de preuve sur un point de droit ou de fait, sans lui-même consentir à ce que la juridiction soit exercée contre lui pour l'ensemble de la procédure. Cette démarche ne relèverait pas du paragraphe 2 de l'article 9. Ainsi, comme il est prévu à l'alinéa 2 a) de l'article 8, un Etat peut intervenir pour invoquer l'immunité ou, comme il est prévu à l'alinéa 2 b) de cet article, pour faire valoir un droit ou un intérêt à l'égard d'un bien en cause dans la procédure. Dans le cas visé à l'alinéa 2 b) de l'article 8, dans la mesure où l'Etat intervenant peut être considéré comme ayant introduit une demande se rapportant à la procédure, il pourra aussi être considéré comme ayant consenti à ce qu'une demande reconvcntionnelle soit formée contre lui à l'égard de sa demande, indépendamment et en plus du fait qu'il est tenu de répondre à une enquête judiciaire ou d'apporter un commencement de preuve à l'appui de son droit de propriété ou des droits ou intérêts qu'il fait valoir à l'égard d'un bien, comme il est prévu à l'alinéa 2 b) de l'article 8. Même pour invoquer l'immunité, comme il est prévu à l'alinéa 2 a) de l'article 8, un Etat peut aussi être tenu de fournir la preuve ou le fondement juridique de son droit à l'immunité. Mais une fois établi le droit à l'immunité dans le cas visé à l'alinéa 2 a) de l'article 8, ou le droit ou l'intérêt à l'égard d'un bien dans le cas visé à l'alinéa 2 b), le consentement à l'exercice de la juridiction cesse. Le tribunal devra alors ne pas exercer sa juridiction plus avant à l'égard de l'Etat qui est réputé jouir de l'immunité ou du bien à l'égard duquel il a été constaté que l'Etat avait un intérêt, étant donné que l'Etat et le bien, respectivement, seraient normalement exempts de la juridiction du tribunal. Le tribunal pourra néanmoins continuer à exercer sa juridiction si la procédure relève de l'une des exceptions prévues dans la troisième partie ou si l'Etat a par ailleurs consenti à l'exercice de la juridiction ou renoncé à son immunité.

Paragraphe 1

4) Comme on l'a vu à propos de l'alinéa 1 a) de l'article 8, l'Etat qui a engage lui-même une procédure est répute avoir consenti à l'exercice de la juridiction du tribunal pour tous les stades de la procédure, depuis le procès et le jugement en première instance, jusqu'aux recours et aux décisions définitives, de même qu'à l'attribution des frais de justice, lorsqu'elle est

laissée à la discrétion de l'autorité qui statue, mais non compris l'exécution du jugement. Le paragraphe 1 de l'article 9 traite de la question de savoir dans quelle mesure l'Etat qui a engagé une procédure devant un tribunal d'un autre Etat peut être réputé avoir consenti à l'exercice de la juridiction du tribunal à l'égard d'une demande reconventionnelle introduite contre lui. Le simple fait d'engager une procédure ne signifie manifestement pas que l'Etat consente à toutes autres actions civiles intentée6 contr lui qui relèveraient de la juridiction du même trihunal ou d'un autre tribunal de l'Etat du for. L'étendue du consentement n'est pas illimitée dans cette éventualité et l'objet du paragraphe 1 de l'article 9 est de fixer une limite plus précise et plus objective aux demandes reconventionnelles qui peuvent être formées contre 1 'Etat demandeur. L'Etat qui engage une procédure devant un tribunal d'un autre Etat ne peut faire ipso facto l'objet de toutes sortes d'actions reconventionnelles devant ce tribunal ni de demandes incidente6 de la part de partie6 autres que les défendeurs. L'Etat qui engage une procédure ne consent pas de ce fait à des demandes reconventionnelles distinctes et indépendantes. Il n'y a pas soumission générale à toutes les autre6 procédures ou actions engagées contre l'Etat ni soumission générale définitive. L'Etat qui engage une action est soumis à la juridiction du tribunal à l'égard de6 demandes reconventionnelles procédant du même rapport juridique ou des mêmes faits que la demande principale 102/ ou de l'opération ou événement qui fait l'objet

---

102/ Par exemple, la loi du Royaume-Uni de 1978 sur l'immunité des Etats, Stata Immunity Act 1978 (The Public General Acts, 1978, lère partie, chap. 33, p. 715; reproduit dans Nation6 Unies, Documentation concernant le6 immunités juridictionnel les ..., p. 41 et suiv.) dispose à l'article 2, par. 6, que :

> '<La soumission à l'égard d'une action vaut aussi pour tout appel, mais non pour toute demande reconventionnelle, à moins que celle-ci procède du même rapport juridique ou des mêmes faits que la demande principale."

Voir aussi Str g c. Republic of Costa Rica (1881) (Law Times Reports, Londres, vol. 199) où le défendeur a été autorisé à faire valoir toutes ses prétentions par voie de demande incidente ou de demande reconventionnelle a l'action principale, afin que justice pût être faite. Cependant, ce6 demandes reconventionnelles et demandes incidente6 ne peuvent être formulées qu'à l'égard des mêmes opérations et à seule fin de maintenir l'équilibre entre les parties.

de la demande principale 103/. Dans certains systèmes juridiques, l'effet d'une demande reconventionnelle contre l'Etat demandeur est limité aussi quant au montant, qui ne peut dépasser celui de la demande principale (s'il le dépasse, la demande reconventionnelle n'est recevable qu'à concurrence de ce montant) 104/. C'est ce que la terminologie juridique américaine appelle recoupment against the sovereign claimant, dont le montant ne peut normalement dépasser celui des prétentions du demandeur souverain 105/. Les systèmes de common law semblent n'admettre contre les Etats étrangers que ces demandes

---

103/ Par exemple, la loi des Etats-Unis d'Amérique de 1976 sur les immunités des Etats étrangers, Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (United States Code, 1976 Edition, vol. 8, titre 26, chap. 97; reproduit dans Nations Unies Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 55 et suiv.) prévoit à l'article 1607 (Demandes reconventionnelles), al. b), que l'immunité est refusée dans le cas d'une demande reconventionnelle "se rapportant à l'opération ou à l'événement qui fait l'objet de la demande de l'Etat étranger". Ainsi, dans Kunstsammlungen zu Weimar and Grand Duchess of Saxony-Weimar c. Federal Republic of Germany and Elicofon (United States Court of Appeals, 2nd Cir., 5 mai 1982. International Legal Materials, vol. XXI, p. 773), le tribunal chargé de déterminer à qui revenait la propriété des deux portraits inestimables de Dürer revendiquée à la fois par la République démocratique allemande, la République fédérale d'Allemagne, la Grande-Duchesse de Saxe-Weimar et un citoyen américain qui avait fait l'acquisition de deux portraits de bonne foi sans savoir qui en était l'auteur a conclu que, la demande reconventionnelle formée par la Grande-Duchesse de Saxe-Weimar dans le but d'obtenir une rente en vertu d'un accord de 1921 ne procédant pas de la même transaction ni du même événement que la demande de l'Etat étranger, il ne pouvait y avoir, dans ce cas, exception à la règle de l'immunité.

104/ L'article 1607, al. c), du Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 des Etats-Unis stipule "dans la mesure où l'objet de la demande reconventionnelle n'a pas une valeur supérieure à l'objet de la demande de l'Etat étranger ou n'est pas d'une nature différente de celle de ce même objet". Voir aussi Strousberg c. Republic of Costa Rica (1881) (voir supra note 102) et Union Of Soviet Socialist Republics c. Belaiew (1925) (The All England Law Reports 1925 (réimpr.), p. 369).

105/ Voir, par exemple, South African Republic c. La Compagnie franco-belge du chemin de fer du Nord (1897) (Royaume-Uni, The Law Reports, Chancery Division, 1898, p. 190), et les affaires citées supra, notes 102 et 104.

reconventionnelles défensives et limitées 106/. En revanche, certains systèmes issus du droit romain admettent de6 demande6 reconventionnelles indépendante6 qui peuvent aller au-delà d'une simple défense et, dans certains cas, leurs auteurs ont obtenu des tribunaux une décision favorable 107/.

5) Quand les règles de l'Etat du for le permettent, le paragraphe 1 de l'article 9 s'applique aussi dans le cas où une demande reconventionnelle est formulée contre un Etat et où cet Etat n'aurait pu en vertu des dispositions des présents articles, et notamment de ceux de la troisième partie, invoquer l'immunité de juridiction à l'égard de cette demande reconventionnelle si une action distincte avait été engagée contre lui devant le même tribunal 108/. Ainsi, les demande6 reconventionnelles indépendantes, procédant d'opération6 ou d'événement6 différents qui ne font pas partie de l'objet de la demande principale ou qui procèdent d'un rapport juridique ou de faits distincts de ceux qui fondent cette demande, ne peuvent être articulées contre l'Etat demandeur que si elles relèvent de l'une des exception6 recevable6 prévues dans la troisième partie. En d'autre6 termes, des demandes reconventionnelles indépendantes ou des demandes incidente6 ne pourront être formulées contre

---

106/ On trouvera une indication des moyens possibles d'aller au-delà quand les circonstances l'autorisent dans Republic of Haiti c. Plesch et al. (1947) (New York Supplement, 2nd Series, 1947, vol. 72, p. 645); United States of Mexico c. Rask (1931) (Pacific Reporter, 2nd Series, 1931, vol. 4, p. 981); The International and Comparative Law Quarterly, Londres, vol. 2, 1953, p. 480; The Law Quarterly Review, Londres, vol. 71, No 283, juillet 1955, p. 305; The Modern Law Review, Londres, vol. 18, 1955, p. 417; Minnesota Law Review, Minneapolis (Minn.), vol. 40, 1956, p. 124. Voir, toutefois, Alberti c. Empresa Nicaraguense de la Carne (705 F.2d, p. 250. United States Court of Appeals, 7th Cir., 18 avril 1983).

107/ Voir, par exemple, Etat du Pérou c. Kreglinger (1857) (Pasicrisie belge, 1857, Bruxelles, deuxième partie, p. 348); Letort c. Gouvernement ottoman (1914) (Revue juridique internationale de la locomotion aérienne, Paris, vol. V, 1914, p. 142).

108/ Voir, par exemple, la loi des Etats-Unis Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (voir supra note 103), art. 1607, al. a), concernant les demandes reconventionnelles "à l'égard desquelles un Etat étranger ne bénéficierait pas de l'immunité en vertu de l'article 1605 du présent chapitre si la demande avait été formulée à l'occasion d'une action distincte contre l'Etat étranger". Cf. le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (Conseil de l'Europe, Convention européenne sur l'immunité des Etats et protocole additionnel, voir supra note 41).

un Etat demandeur que dans les cas où une action distincte aurait pu être intentée contre cet Etat en application d'autres parties des présents articles, sans qu'il faille rechercher si l'Etat a ou non engagé une procédure comme prévu au paragraphe 1 de l'article 9 ou est ou non intervenu pour formuler une demande comme prévu au paragraphe 2.

Paragraphe 2

6) Le paragraphe 2 de l'article 9 porte sur les cas où un Etat intervient dans une procédure devant le tribunal d'un autre Etat, non en qualité d'amicus curiae mais en tant que partie intéressée, pour formuler une demande. C'est dans ce sens seulement que l'on peut concevoir une demande reconventionnelle formulée contre un Etot qui est intervenu en tant que demandeur et non comme simple témoin ou uniquement pour faire une déclaration comme prévu à l'alinéa 1 b) de l'article 8, sans présenter de demande. Dès qu'un Etat intervient comme demandeur, il s'expose à toute demande reconventionnelle qui procède du même rapport juridique ou des mêmes faits que la demande qu'il a présentée. Les autres 'passages du commentaire du paragraphe 1 qui concernent les limites imposées aux demandes reconventionnelles recevables contre un Etat demandeur s'appliquent de la même manière aux demandes reconventionnelles contre un Etat intervenant comme demandeur, au sens du paragraphe 2. Ils s'appliquent en particulier à l'identité de rapport juridique et de faits qui doit exister entre la demande présentée par l'Etat intervenant et la demande reconventionnelle et, peut-être aussi, au quantum de la demande reconventionnelle, à l'étendue ou à l'absence des moyens éventuellement admissibles, ou à la posaibilité de présenter une demande reconventionnelle différant par sa nature de la demande présentée par l'Etat intervenant ou en dépassant le montant.

b) Demandes reconventionnelles formulées par un Etat

Paragraphe 3

7) Quand l'Etat lui-même formule une demande reconventionnelle dans une action engagée contre lui devant le tribunal d'un autre Etat, il agit au fond, au sens du paragraphe 1 de l'article 8. Dans ce cas, il est réputé avoir consenti à l'exercice de la juridiction de ce tribunal à l'égard non seulement de sa propre demande reconventionnelle, mais aussi de la demande principale articulée contre lui.

8) En formulant lui-même une demande reconventionnelle devant une autorité judiciaire d'un autre Etat, l'Etat consent par son comportement à l'exercice de la juridiction de ce tribunal. Cela dit, l'effet, l'étendue et la portée des demandes reconventionnelles de l'Etat visées au paragraphe 3 de l'article 9 pourront être plus vastes que ceux des demandes reconventionnellea contre l'Etat demandeur visées au paragraphe 1, ou contre l'Etat demandeur intervenant visées au paragraphe 2 de ce même article. Tout d'abord, les demandes reconventionnelles formulées par l'Etat étranger défendeur, tout en étant généralement restreintes par la loi locale aux matières procédant du même rapport juridique ou des mêmes faits que la demande principale, n'admettent pas de restrictions quant à l'étendue ou à la portée de la réparation demandée, ni quant à sa nature. Et même si elles procèdent d'un rapport juridique ou d'un ensemble de faits différents de ceux qui fondent la demande principale ou s'il s'agit de demandes reconventionnelles véritablement nouvelles et distinctes ou indépendantes, elles demeurent néanmoins recevables en tant que prétentions indépendantes, voire en tant qu'actions distinctes sans aucun lien avec la demande principale ou initiale formulée contre l'Etat. Il est clair que l'Etat défendeur a le choix entre formuler une demande reconventionnelle contre le demandeur ou prendre l'initiative d'une procédure distincte. Quel que soit son choix, l'Etat qui introduit une demande reconventionnelle au sens du paragraphe 3 de l'article 9, ou qui intente une procédure distincte au sens du paragraphe 1 de l'article 8, est réputé avoir consenti à l'exercice de la juridiction du tribunal. Sous l'empire de l'article 8, on l'a vu, l'Etat demandeur a consenti à tous les stades de la procédure devant tous les tribunaux jusqu'au jugement, mais à l'exclusion de l'exécution de la décision. De même, dans le cas du paragraphe 3 de l'article 9, l'Etat est réputé avoir consenti à l'exercice de la juridiction à l'égard de ses demandes reconventionnelles et de la demande principale formulée contre lui 109/.

109/ Voir par exemple l'article premier, par. 3, de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (voir supra note 41), selon lequel :

> "Un Etat contractant qui introduit une demande reconventionnelle devant un tribunal d'un autre Etat contractant se soumet à la juridiction des tribunaux de cet Etat tant pour la demande principale que pour la demande reconventionnelle."

PARTIE III

PROCEDURES DANS LESQUELLES LES ETATS NE PEUVENT PAS INVOQUER L'IMMUNITE

1) Le titre de la partie III du projet, tel qu'il avait été adopté provisoirement en première lecture, contenait deux variantes entre crochets, à savoir : "[Limitations del [Exceptions à] l'immunité des Etats", rendant compte des préférences exprimées par les Etats, soit pour le terme "limitations" lorsqu'ils souscrivaient à l'idée qu'en l'état actuel le droit international ne reconnaissait pas l'immunité de juridiction des Etats dans les matières traitées dans la troisième partie, soit pour le terme "exceptions" lorsque celui-ci leur paraissait traduire fidèlement l'idée que l'immunité de juridiction des Etats était la règle de droit international, les exceptions à cette règle **e. igeant** le consentement exprès de **l'Etat** intéressé. La Commission a adopté la formulation actuelle en deuxième lecture pour concilier ces deux points de vue.

2) Il faut se souvenir que l'application de la règle de l'immunité des Etats est une voie à double sens. Chaque Etat est en effet un bénéficiaire virtuel de l'immunité des Etats, mais il a aussi l'obligation de donner effet à l'immunité juridictionnelle dont jouit un autre Etat.

3) Pour tenter de définir les domaines d'activité auxquels l'immunité des Etats ne s'applique pas, on a établi plusieurs distinctions entre les actes ou activités auxquels l'immunité des Etats s'applique et ceux pour lesquels elle ne joue pas. Ces distinctions, qui ont été examinées de très près dans un document déjà présenté à la Commission 110/, ont été opérées par référence aux critères ci-après : la double personnalité de l'Etat 111/, la double capacité de l'Etat 112/, les acta jure imperii et les acta jure gestionis 113/, qui sont aussi en rapport avec la nature publique ou privée des actes de l'Etat 114/, et les activités commerciales et non commerciales 115/.

110/ Voir Annuaire ... 1982, vol. II (première partie), document A/CN.4/357, par. 35 à 45.

111/ Idem, par. 36.

112/ Idem, par. 37.

113/ Idem, par. 38 et 39.

114/ Idem, par. 40 à 42.

115/ Idem, par. 43 à 45.

Article 10

Transactions commerciales

1. Si un Etat effectue, avec une personne physique ou morale étrangère, une transaction commerciale et si, en vertu des règles applicables de droit international privé, les contestations relatives à cette transaction commerciale relèvent de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat, l'Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ce tribunal dans une procédure découlant de ladite transaction.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

a) Dans le cas d'une transaction commerciale entre Etats;

b) Si les parties à la transaction connnerciale en sont expressément convenues autrement.

3. L'immunité de juridiction dont jouit un Etat n'est pas affectée dans une procédure se rapportant à une transaction commerciale effectuée par une entreprise d'Etat ou une autre entité créée par l'Etat qui est dotée d'une personnalité juridiqur distincte et a la capacité :

a) d'ester en justice; et

b) d'acquérir, de posséder ou de détenir et de céder des biens, y compris des biens que l'Etat l'a autorisée à exploiter ou à gérer.

Commentaire

a) Observations générales sur le projet d'article

1) L'article 10, tel que la Commission l'a adopté en deuxième lecture, porte désormais le titre de "Transactions cotmnerciales", qui remplace celui de "Contrats commerciaux" adopté initialement en première lecture, comme suite au changement effectué à l'alinéa 1 c) de l'article 2 (Expressions employées). C'est le premier article de fond de la Partie III, consacrée aux "Procédures dans lesquelles les Etats ne peuvent pas invoquer l'immunité".

Paragraphe 1

2) Le libellé du paragraphe 1 est une formule de compromis. C'est le fruit d'efforts incessants pour concilier les points de vue divergents de ceux qui sont prêts à admettre une exception à la règle générale de l'immunité des Etats dans le domaine des activités commerciales, fondée sur la théorie du consentement implicite ou sur d'autres motifs, et de ceux pour qui l'exception d'immunité des Etats ne peut être invoquée pour écarter la compétence des tribunaux du for quand un Etat étranger se livre à des activités commerciales. Pour des raisons de cohérence et de clarté, le membre de phrase

"cet Etat est censé avoir consenti à l'exercice de cette juridiction", qui figurait dans le texte provisoirement adopté en première lecture, a été remplacé en deuxième lecture par "l'Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction". Ce changement, apporté aussi aux articles 11 à 14, ne signifie pas toutefois que l'on se boit écarté sur le plan théorique des divers points de vue exposés plus haut. La Commission a consacré un long débat à ce domaine particulier d'activités des Etats 116/ et elle a adopté une formule destinée à tenir compte des intérêts et des opinions de tous les pays ayant des pratiques et des systèmes différents.

3) L'application de l'immunité juridictionnelle des Etats présuppose l'existence de la juridiction ou de la compétence d'un tribunal selon le droit interne applicable de l'Etat du for - qui peut être constitué par les lois, règles ou règlements régissant l'organisation des tribunaux ou les limites du ressort judiciaire des tribunaux et peut comprendre aussi les règles applicables de droit international privé.

4) Quel que soit l'angle sous lequel est abordée l'étude de l'immunité des Etats, il est généralement reconnu que la compétence des tribunaux de l'Etat étranger doit exister avant de pouvoir être exercée, et qu'elle ne peut exister, et l'exercice en être autorisé, que conformément au droit interne de l'Etat du for, c'est-à-dire conformément aux règles de compétence applicables, en particulier lorsqu'un élément étranger est en cause dans un différend ou des contestations qui exigent un règlement ou une décision judiciaire. L'expression "règles applicables de droit international privé" est une expression neutre, choisie pour renvoyer le règlement des questions de compétence aux règles applicables de conflit de lois ou de droit international privé, que des règles de compétence uniformes puissent ou non être appliquées. Tout Etat est éminemment souverain en matière de juridiction, y compris pour l'organisation de ses tribunaux judiciaires ou autres et la détermination de l'étendue de leur compétence.

116/ Voir Annuaire . . . 1982, vol. 1, p. 181 à 197, 1728ème séance, par. 7 à 45, 1729ème et 1730ème séances; le débat est résumé dans Annuaire . . . 1982, vol. II (deuxième partie), p. 103, par. 194 à 197. Voir aussi les commentaires et observations des gouvernements figurant dans le document A/CN.4/410 et Add.1 à 5, ainsi que les débats de la Commission à sa quarante et unième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément No 10 (A/44/10), par. 489 à 498.

5) La règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 10 vise le cas où un Etat effectue une transaction commerciale avec une personne physique ou morale étrangère et où un tribunal d'un autre Etat est compétent et en mesure d'exercer sa juridiction en vertu des règles applicables de droit international privé qui lui sont propres. L'Etat qui effectue une transaction commerciale avec une personne, physique ou morale, qui n'est pas au nombre de ses propres nationaux ne peut opposer l'immunité à l'exercice de la juridiction de l'autorité judiciaire d'un autre Etat lorsque ladite autorité a compétence pour l'exercer en vertu des règles de droit international privé qu'elle applique. Un tribunal d'un autre Etat peut être en droit d'exercer sa juridiction pour divers motifs, tels que le lieu où le contrat a été conclu ou le lieu où les obligations découlant du contrat doivent être exécutées, ou encore la nationalité ou le lieu de l'établissement de l'une ou plusieurs des parties contractantes. L'existence d'un lien territorial substantiel constitue généralement un fondement juridique solide pour l'exercice de la juridiction, mais il peut y avoir d'autres motifs valables de présumer l'existence de la juridiction et de l'exercer en vertu des règles de droit international privé applicables.

Paragraphe 2

6) Le libellé du paragraphe 1, qui vise une transaction commerciale entre un Etat et une personne physique ou morale étrangère, implique que les transactions d'Etat à Etat n'entrent pas dans le champ d'application du présent article, ce qui est précisé au paragraphe 2, en particulier parce que l'expression "personne physique OU morale étrangère" pourrait être interprétée au sens large comme comprena t à la fois les personnes publiques et les personnes privées 117/.

117/ Voir, par exemple : République de Syrie c. République arabe d'Egypte (Cour suprême, sans date) (extraits en français dans Journal du droit international, 1988, vol. 115, p. 472), au sujet de la contestation de la propriété d'un immeuble originairement acquis par la Syrie au Brésil, utilisé par la suite par l'Egypte et retenu par elle après la rupture de l'union entre les deux Etats. A une voix de majorité, l'immunité de juridiction l'a emporté, la Cour étant très partagée.

(Suite de la note page suivante)

7) Les alinéas a) et b) du paragraphe 2 ont précisément pour objet d'assurer les garanties et la protection nécessaires aux intérêts de tous les Etats. Il est bien connu que les pays en développement concluent souvent des contrats commerciaux avec d'autres Etats et que les pays socialistes mènent aussi des activités commerciales directement d'Etat à Etat, non seulement entre eux, mais aussi avec d'autres Etats faisant partie aussi bien du monde en développement que des pays très industrialisés. A ces contrats conclus entre Etats la règle énoncée au paragraphe 1 n'est pas applicable, en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 2. L'immunité des Etats reste donc la règle applicable en pareil cas. Ce type de contrat comprend aussi diverses transactions tripartites visant à améliorer et à rendre plus efficace l'administration des programmes d'aide alimentaire. Dans le cas de livraisons alimentaires destinées à combattre la famine ou à redonner vie à un village sinistré ou à une région vulnérable, l'acquisition des produits pourrait être financée par un autre Etat ou un groupe d'Etats, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une organisation internationale ou d'une institution spécialisée des Nations Unies, qui les achèterait à un pays en développement exportateur de denrées alimentaires par voie de contrat conclu de gouvernement à gouvernement à l'issue de négociations tripartites ou multilatérales. Les transactions de ce genre non seulement viennent en aide aux populations dans le besoin, mais peuvent aussi promouvoir les exportations des pays en développement, au lieu d'encourager le dumping ou la concurrence déloyale dans le commerce international. Il devrait être entendu que l'expression "transaction commerciale entre Etats" désigne une transaction à laquelle participe n'importe lequel des organismes ou institutions de l'Etat, y compris ses divers organes de gouvernement, tels que définis à l'alinéa 1 b) de l'article 2.

(Suite de la note 117/)

Le Procureur général avait soutenu que l'examen des questions de fond ne pouvait avoir de raison d'être que si la République arabe d'Egypte acceptait la juridiction brésilienne. Il avait dit que son droit de la refuser était patent et l'aurait même été suivant la doctrine encore confuse et peu convaincante de l'immunité restreinte, qui raisonnait à partir de la distinction entre actes jure imperii et jure gestionis. Il en était ainsi parce que l'espèce n'avait aucun rapport avec une quelconque gestion d'affaires privée, mais concernait des locaux diplomatiques dans le contexte de la succession d'Etats, matière qui relevait exclusivement et en priorité du droit international public.

8) L'alinéa b) laisse l'Etat qui est partie à une transaction commerciale totalement libre de prévoir, pour régler les contestations relatives à la transaction, une solution ou une méthode de règlement différente. Un Etat peut expressément accepter, dans la transaction commerciale elle-même ou par voie de négociations ultérieures, le recours à l'arbitrage ou à d'autres méthodes de règlement amiable comme la conciliation, les bons offices ou la médiation. Tout accord exprès de cette nature serait normalement écrit.

Paragraphe 3

9) Le paragraphe 3 établit une distinction juridique entre un Etat et certaines de ses entités sur le chapitre de l'immunité des Etats à l'égard des juridictions étrangères. Dans le système économique de certains Etats, les transactions commerciales, telles qu'elles sont définies à l'alinéa 1 c) de l'article 2, sont normalement conduites par des entreprises d'Etat ou d'autres entités créées par l'Etat, qui possèdent une personnalité juridique propre. Le mode de création par un Etat d'entreprises d'Etat ou d'autres entités peut varier selon son système juridique : dans certains systèmes, elles sont créées par la loi ou par décret du gouvernement, dans d'autres, on peut considérer qu'elles l'ont été lorsque l'Etat y a acquis la majorité des actions ou d'autres titres de participation. En règle générale, elles effectuent des transactions commerciales pour leur propre compte, en tant que personnes morales distinctes de l'Etat dont elles sont l'émanation, et non pour celui dudit Etat. Ainsi, en cas de litige né d'une transaction commerciale conclue par une entité d'un Etat, celle-ci peut être assignée devant le tribunal d'un autre Etat et elle peut être tenue responsable de toutes conséquences de la réclamation de l'autre partie. En pareil cas, l'immunité de l'Etat lui-même n'est pas affectée, puisqu'il n'est pas partie à la transaction.

10) L'application de la disposition énoncée au paragraphe 3 est subordonnée à certaines conditions. En premier lieu, il faut que la procédure porte sur une transaction commerciale effectuée par une entreprise ou autre entité d'Etat. Deuxièmement, il faut que l'entreprise ou entité d'Etat considérée soit dotée d'une personnalité juridique propre. Et il faut que cette personnalité juridique propre comporte la capacité a) d'ester en justice et b) d'acquérir, de posséder, de détenir et de céder des biens, y compris ceux que l'Etat l'a autorisée à exploiter ou à gérer. Dans certains Etats socialistes, le bien de

l'Etat que celui-ci habilite ses entreprises ou autres entités à exploiter ou à gérer est appelé "bien d'Etat séparé". Cette terminologie n'a pas été retenue au paragraphe 3, car elle n'est pas universellement applicable aux autres Etats. Les conditions énoncées aux alinéas a) et b) sont cumulatives : outre qu'elles doivent avoir la capacité d'ester en justice, ces entreprises et autres entités d'Etat sont aussi tenues de satisfaire à certaines conditions financières, posées à l'alinéa b), à savoir, être capables d'acquérir, de posséder ou de détenir et de céder des bierrs - ceux que l'Etat les a autorisées à exploiter ou à gérer comme ceux qu'elles se procurent elles-mêmes grâce à leurs activités. L'emploi du terme "céder" à l'alinéa b) est particulièrement important, parce que les biens des entités considérées, y compris ceux que l'Etat les a autorisées à exploiter ou à gérer, se trouvent ainsi potentiellement soumis à des mesures de contrainte comme la saisie-arrêt, la saisie et l'exécution forcée pour la satisfaction du demandeur.

11) Le texte du paragraphe 3 est le fruit de débats prolongés au sein de la Commission. La proposition initiale (l'ancien article 11 bis), qui avait été présentée par le Rapporteur spécial à la suite de la suggestion de quelques membres et gouvernements, était un article autonome visant précisément les entreprises d'Etat ayant deb biens séparés. Au cours des délibérations de la Commission sur cette proposition, toutefois, quelques membres ont estimé que cette disposition était d'application limitée, du fait que la notion de biens séparés n'avait cours que dans les Etats socialistes et ne devait pas être retenue dans le présent projet d'articles. En revanche, certains autres membres ont considéré que la question des entreprises d'Etat effectuant des transactions commerciales en qualité d'entités de l'Etat autonomes et juridiquement distinctes de lui était d'application beaucoup plus large, car elle était fort pertinente aussi pour les pays en développement et même pour bien des pays développés. Ils estimaient en outre qu'il convenait de préciser dans le présent projet d'articles la distinction entre ces entreprises et l'Etat dont elles émanaient en vue d'éviter les assignations en justice abusives contre l'Etat. Tenant compte de ces points de vue, la Commission a adopté la présente formule, qui recouvre non seulement l'entreprise d'Etat possédant des biens séparés, mais encore n'importe quelle autre entreprise ou entité créée par l'Etat qui effectue des transactions commerciales pour son propre compte, possède une personnalité juridique propre et satisfait à

certaines conditions, précisées aux alinéas a) et b). La Commission est en outre convenue de faire figurer cette disposition dans l'article 10 plutôt que d'en faire un article distinct, puisque l'article 10 lui-même traite des "transactions commerciales". Un membre, néanmoins, a émis de sérieuses réserves quant au fond du paragraphe 3, lequel, à son avis, avait été introduit pour répondre aux préoccupations d'un nombre limité d'Etats et risquait fort de fausser tout l'objet du projet d'articles, qui était de veiller à la réalisation effective des transactions commerciales et à l'exécution des obligations contractuelles. D'autres membres ont souligné que les alinéas a) et b) n'ajoutaient rien à la notion de "personnalité juridique distincte" et étaient donc superflus.

12) Bien qu'elles ne soient pas expressément traitées dans le projet d'articles, il convient de prendre note des questions fiscales, surtout en liaison avec les dispositions de l'article 10. Il est rappelé que l'ancien article 16 adopté provisoirement en première lecture visait ce point particulier 118/. Un membre a formulé de vives réserves à l'endroit de cet article, dans la mesure où il portait atteinte au principe de l'égalité souveraine des Etats en permettant à un Etat d'intenter une action devant ses propres tribunaux contre un autre Etat. C'est à ce propos qu'a été proposée la suppression de cet article, la raison étant qu'il ne visait que les rapports entre deux Etats, l'Etat du for et l'Etat étranger : il s'agissait essentiellement d'un problème international bilatéral régi par les règles existantes du droit international. Or comme le projet d'articles portait, en revanche, sur les relations entre un Etat et des personnes, physiques ou morales, étrangères, l'objet étant de protéger l'Etat contre certaines actions intentées à son encontre par lesdites personnes ou de permettre à ces dernières de se protéger contre l'Etat, cet article sur les questions fiscales, qui n'avait trait qu'aux seuls rapports interétatiques, n'a pas été jugé avoir sa place dans le projet d'articles. Des membres se sont toutefois déclarés opposés à la suppression de cet article, car il reposait sur une pratique législative étendue et avait été adopté en première lecture. Après discussion, il a finalement été décidé de supprimer l'ancien article 16, étant entendu que le commentaire de l'article 10 préciserait qu'il ne fallait pas interpréter cette suppression comme portant atteinte au droit fiscal.

118/ Voir Annuaire . . . 1986, vol. II (deuxième partie), p. 11.

b) Les "transactions commerciales" dans le contexte de l'immunité des Etats

13) Pour pouvoir juger de l'ampleur et de la complexité du problème que posent l'examen et la détermination des limites exactes de l'immunité juridictionnelle dans ce domaine précis des "transactions commerciales" 119/, il est utile de donner brièvement ici un aperçu chronologique de la pratique des Etats qui se rapporte à cette question.

i) Analyse de la pratique judiciaire internationale et nationale

14) Cette analyse succincte, dont une version plus détaillée a été présentée précédemment à la Commission 120/, commence par le rappel de l'une des affaires les plus anciennes, The "Charkieh" (1873) 121/, où l'exception de l'activité commerciale (des "transactions commerciales", aux fins de l'article) a été reconnue et appliquée dans la pratique des Etats. Dans cette affaire, le juge avait déclaré :

> "A ma connaissance, aucun principe de droit international, aucune décision rendue, ni aucune opinion doctrinale ne sont allés jusqu'à autoriser un prince souverain à revêtir la qualité de commerçant lorsque cela est à son avantage, puis, une fois qu'il a contracté une obligation via-à-vis d'une personne privée, à jeter le masque, si j'ose ainsi m'exprimer, et à mettre en avant sa qualité de souverain pour se prévaloir pour la première fois, à son propre avantage et aux dépens d'une personne privée, de toua les attributs attachés à cette qualité 122/."

119/ L'article 10 doit se lire conjointement avec l'alinéa 1 c) de l'article 2, qui donne la définition de la "transaction commerciale", et le paragraphe 2 de l'article 2, qui indique comment interpréter cette définition. Il y a lieu aussi de prendre en considération les commentaires de ces dispositions.

120/ Voir le quatrième rapport de l'ancien Rapporteur spécial présent6 à la Commission à sa trente-quatrième session (Annuaire ..., 1982, vol. II (première partie)], par. 49 à 92, et le deuxième rapport de l'actuel Rapporteur spécial, présenté à la Commission à sa quarante et unième session (A/CN.4/422 et Corr.1), par. 2 à 19.

121/ Royaume-Uni, The Law Reports, High Court of Admiralty and Ecclesiastical Courts, 1875, vol. IV, p. 59.

122/ Ibid., p. 99 et 100. Cette affaire a été la première où la nature commerciale du service ou de l'utilisation d'un navire public a été jugée priver celui-ci de l'immunité de l'Etat.

15) L'incertitude quant au champ d'application de la règle de l'immunité des Etats dans la pratique des Etats est due, dans une certaine mesure, au silence relatif du juge au niveau international. Néanmoins, en renonçant à poursuivrel'affaire au niveau international, un Etat lésé par une décision défavorable d'un tribunal étranger peut garder le silence au risque de consentir au jugement rendu ou au traitement accordé, encore que, comme on le verra dans la Partie IV du présent projet d'articles, les Etats ne soient pas automatiquement exposés à la saisie ou autre voie d'exécution sur leurs biens après qu'a été rendu un jugement qui peut leur être défavorable.

16) Ainsi, la jurisprudence de pays comme l'Italie 123/,

123/ Les tribunaux italiens furent les premiers, en 1882, à n'appliquer la règle de l'immunité des Etats que dans les cas où l'Etat étranger avait agi en qualité de ente politico et non pas de corpo morale : voir Morellet c. Governo Danese (1882) (Giurisprudenza Italiana, Turin, 1883, vol. XXXV, première partie, p. 125), ou en qualité d'autorité souveraine ou de puissance politique (potere politico) et non pas de persona civile : voir Guttiéres c. Elmilik (1886) (Il Foro Italiano, Rome, 1886, vol. XI, première partie, p. 920 à 922). Voir aussi Hamspohn c. Bey di Tunisi (1887) (ibid., 1887, vol. XII, première partie, p. 485 et 486).

Les tribunaux italiens n'accordaient l'immunité aux Etats que pour les atti d'impero et non pas pour les atti di gestione. Le caractère public de l'acte d'Etat était le critère retenu pour déterminer si l'immunité devait être accordée. Voir Department of the Army of the United States of America c. Gori Savellini (Rivista di diritto internazionale, Milan, vol. XXXIX (1956), p. 91 et 92, et International Law Reports, 1956, Londres, vol. 23 (1960), p. 201). Cf. La Mercantile c. Regno di Grecia (1955) (ibid., Rivista di diritto internazionale, Milan, vol. XXXVIII, 1955, p. 376, et International Law Reports, 1955, Londres, vol. 22 (1958), p. 240). Plus récemment, dans l'affaire Banco de la Nación c. Credito Varesino (Corte di Cassazione, 19 octobre 1984) (Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1985, vol. 21, p. 635), concernant des dettes nées de transferts de sommes d'argent effectués par une banque italienne au profit d'une banque péruvienne, la Cour a statué qu'en admettant même que la banque soit un établissement public, l'immunité de juridiction ne pourrait pas être invoquée devant les tribunaux italiens dans le cas d'un différend lié non pas à l'exercice de la puissance publique, mais à des activités de caractère privé.

la Belgique 124/ et l'Egypte 125/ qui, à une certaine époque, comptaient parmi les chefs de file des tenants de "l'immunité restreinte", refusant l'immunité pour les activités commerciales, est peut-être désormais dépassée par la pratique récente d'Etats qui traditionnellement sont favorables à

124/ La jurisprudence belge fut établie dès 1857, avec la première d'une série de trois affaires concernant le monopole du guano du Pérou. Ces affaires sont les suivantes : a) Etat du Pérou c. Kreglinger (1857) (voir supra note 107); cf. E. W. Allen, The Position of Foreign States before Belgian Courts, New York, Macmillan, 1929, p. 8; b) Affaire des emprunts Péruviens (1877) (Pasicrisie belge, 1877, Bruxelles, deuxième partie, p. 307), qui ne mettait pas en cause le Pérou, mais la maison Dreyfus frères; c) Peruvian Guano Company c. Dreyfus et consorts et le Gouvernement du Pérou (1880) (ibid., 1881, deuxième partie, p. 313). Dans ces trois affaires, une distinction avait été faite entre les activités publiques de l'Etat péruvien et ses activités privées, auxquelles la Cour d'appel de Bruxelles avait refusé l'immunité. Ainsi, comme lee tribunaux italiens, les tribunaux belges ont, depuis 1888, adopté eux aussi la distinction entre les actes d'un Etat selon qu'il les accomplit dans l'exercice de sa souveraineté (publique) ou d'une capacité civile (privée); dans l'affaire Société oour la fabrication de cartouches c. Colonel Mutkuroff, ministre de la guerre de la principauté de Bulgarie (1888) (ibid., 1889, troisième partie, p. 62), le Tribunal civil de Bruxelles avait estimé qu'en concluant un contrat pour l'achat de munitions, la Bulgarie avait agi comme une personne privée et s'était soumise à toutes les conséquences civiles du contrat. De même, dans l'affaire Société anonyme des chemins de fer liégeois-luxembourgeois c. Etat néerlandais (Ministère du Waterstaat) (1903) (ibid., 1903, première partie, p. 294), un contrat visant à agrandir une gare aux Pays-Bas avait été considéré comme relevant de la juridiction belge. La distinction entre acta jure imperii et acta jure gestionis a été constamment appliquée par les tribunaux belges depuis 1907. Voir Feldman c. Etat de Bahia (1907) (ibid., 1908, deuxième partie, p. 55).

125/ La jurisprudence égyptienne actuelle depuis la fin de la guerre a confirmé celle des tribunaux mixtes égyptiens, qui ont constamment adhéré à la pratique italo-belge d'une immunité limitée. En Egypte, les immunités juridictionnelles des Etats étrangers constituent une question d'"ordre public"; voir la décision 1173 de 1963 du Tribunal de première instance du Caire (citée dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles..., p. 569). L'immunité n'est accordée que pour les actes d'autorité souveraine et ne s'étend pas aux "activités ordinaires" (ibid.).

une conception plus inconditionnelle de l'immunité des Etats, comme l'Allemagne 126/, les Etats-Unis d'Amérique 127/ et le Royaume-Uni 128/.

126/ La jurisprudence allemande avait commencé, dès 1885, par adopter une vue restrictive de l'immunité sur la base de la distinction entre activités publiques et activités privées, en estimant que l'immunité de l'Etat "souffrait au moins certaines exceptions", voir Heizer c. Kaiser Franz-Joseph-Bahn A.G. (1885) (Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern, Munich, 1885, vol. 1, p. 15 et 16; cité dans Harvard Law School, Research in International Law, sect. III, "Competence of Courts in regard to Foreign States" - dénommé ci-après "projet de Harvard" -, Cambridge (Mass.), 1932, publié en tant que Supplement to the American Journal of International Law, Washington, vol. 26, 1932, p. 533 et 534). Dans l'affaire de la République de Lettonie (1953) (Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht, Munich, 1953, vol. 4, p. 368; International Law Reports, 1953, Londres, 1957, vol. 20, p. 180 et 181), la Chambre des réparations de la Cour (Kammergericht) de Berlin-Ouest a refusé l'immunité au motif que "le principe ne s'applique pas lorsque l'Etat étranger (...) noue des relations commerciales (...) à savoir lorsqu'il n'agit pas dans l'exercice de la puissance publique mais exclusivement dans le domaine du droit privé, , en s'engageant dans des opérations d'affaires purement privées et plus particulièrement des rapports commerciaux". Cette tendance restrictive a été suivie par la Cour constitutionnelle fédérale dans des affaires plus récentes; voir, par exemple, X c. Empire of... (Entscheidungen des Bundesverfassungsgeritchs, Tubingen, 1964, vol. 16, p. 27; traduction anglaise dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 282 et suiv.), où la Cour a estimé qu'un contrat de réparation du système de chauffage de l'ambassade d'Iran était une activité "non souveraine" et ne bénéficiait donc pas de l'immunité. En 1990, l'Allemagne a ratifié la Convention européenne sur l'immunité des Etats (voir supra note 41).

127/ On a parfois soutenu que les tribunaux des Etats-Unis d'Amérique avaient commencé par appliquer le principe de l'immunité absolue des Etats. Un examen attentif de l'opinion exprimée par le Chief Justice Marshall dans l'affaire du Schooner "Exchange" c. McFaddon and others (1812) (W. Cranch, Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States, New York, 1911, vol. VII, 3ème éd., p. 116) pourrait révéler le contraire. Dans l'affaire Bank of the United States c. Planters' Bank of Georgia (1824) (H. Wheaton, Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States, New York, 1911, vol. IX, 4ème éd., p. 904 et 907), il avait été jugé que "lorsqu'un gouvernement s'associe à une société commerciale, il se dépouille, en ce qui concerne les transactions de cette société, de sa qualité de souverain, et assume celle de personne privée".

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 127/)

Le principe de l'immunité restreinte fondé sur la distinction entre acta jure imperii et acta jure gestionis fut pour la première fois énoncé clairement par ur tribunal américain en 1921, dans 1 'affaire du "Pesaro" (Etats-Unis d'Amérique, The Federal Reporter, 1922, vol. 277, p. 473, notamment p. 479 ct 480; voir aussi The American Journal of International Law, Washington, vol. 21, 1927, p. 108). Cette distinction reçut l'appui du Département d'Etat mais fut rejetée par la Cour suprême en 1926 dans l'affaire Berizzi Brothers Co. c. The S. S. "Pesaro" (United States Reports, 1927, vol. 271, p. 562). Dans des affaires plus récentes, les tribunaux ont préféré suivre la suggestion de la branche politique du gouvernement; voir, par exemple, l'opinion du Chief Justice Stone dans 1 'affaire Republic of Mexico et al. c. Hoffman (1945) (ibid., 1946, vol. 324, p. 30 à 42). Ce n'est qu'avec la "lettre de Tate" de 1952 (Etats-Unis d'Amérique, The Department of State Bulletin, Washington, vol. XXVI, No 678, 23 juin 1952, p. 984 et 985) que la politique officielle du Département d'Etat a été définie en général et dans les termes les plus clairs dans le sens d'une théorie restrictive de l'immunité, fondée sur la distinction entre acta jure imperii et acta jure gestionis. Voir aussi l'affaire Victory Transport Inc. c. Comisaría General de Abastecimientos Y Transportes (Etats-Unis d'Amérique, Federal Reporter, 2d Series, 1965, vol. 336, p. 354; voir en outre International Law Reports, Londres, 1967, vol. 35, p. 110).

Depuis 1 'adoption de la loi de 1976 sur les immunités des Etats étrangers, Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (voir supra note 103). les tribunaux des Etats-Unis se prononcent sur la question de l'immunité, sans que le Département d'Etat leur fasse de suggestion sous la forme d'une "lettre de Tate". C'est la loi de 1976 qui les guide désormais pour l'application de l'exception de l'activité commerciale. Voir, par exemple, West c. Multibanco Comermex, S.A. (807 F.2d 820. U.S. Court of Appeals, 9th Cir., 6 janvier 1987, The American Journal of International Law, vol. 81, p. 660 (1987)); Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center c . The Hellenic Republic (U.S. Court of Appeals, 7th Cir., 14 juin 1989). Cf. l'affaire De Sanchez c. Banco Central de Nicaragua (720 F.2d, p. 1385, U.S. Court of Appeals, 5th Cir., 19 septembre 1985, The American Journal of International Law, vol. 80, p. 685 (1986)); l'affaire Gregorian c. Izvestia (871 F.2d, p. 1515, U.S. Court of Appeals, 9th Cir., 12 avril 1989); Harris Corporation c. National Iranian Radio and Television and Bank Melli Iran (U.S. Court of Appeals, 11th Circ., 22 novembre 1982, International Law Reports, vol. 72, p. 172 (1987)); America West Airlines, Inc. c. GPA Group, Ltd. (877 F.2d, p. 793. U.S. Court of Appeals, 9th Cir., 12 juin 1989)); MOL c. The People's Republic of Bangladesh (U.S. Court of Appeals, 9th Circ., 3 juillet 1985, International Law Reports, vol. 80, p. 583, (1989)).

128/ En ce qui concerne les activités commerciales des Etats étrangers, en particulier dans le domaine des transports maritimes, la jurisprudence britannique était restée fluctuante pendant tout le XIXe siècle. La décision qui allait le plus loin dans le sens de la limitation de l'immunité est celle rendue dans l'affaire du "Charkieh" (1873) (voir le quatrième rapport de l'ancien rapporteur spécial, présenté à la Commission à sa trente-quatrième session (Annuaire . . . 1982, vol. II (première partie), par. 80)). La décision qui allait le plus loin dans le sens opposé est la décision rendue dans l'affaire du "Porto Alexandre" (1920) (Royaume-Uni, The Law Reports, Probate Division, 1920, p. 30). Ainsi, le principe de l'immunité absolue a été appliqué par la suite dans des affaires ayant trait aux transports maritimes, telles que Compañia Mercantil Argentina c. United States Shipping Board (1924) (Annual Digest of Public International Law Cases, 1923-1924, Londres, 1933, vol. 2, affaire No 73, p. 138), et à d'autres activités commerciales comme la vente ordinaire d'une certaine quantité de seigle dans l'affaire Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo (1956) (Royaume-Uni, The Law Reports, Queen's Bench Division, 1957, vol. 1, p. 438).

Cela dit, même dans l'affaire du "Cristina" (1938) (Royaume-Uni, The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council, 1938, p. 485; Annual Digest . . . 1938-1940, Londres, 1942, vol. 9, affaire No 86, p. 250), des doutes considérables avaient été exprimés au sujet du bien-fondé de la doctrine de l'immunité lorsqu'elle était appliquée aux navires de commerce, et certains des juges étaient disposés à reconsidérer l'immunité absolue retenue dans l'affaire du "Porto Alexandre" (1920). Ainsi, dans une série d'affaires - dont Dollfus Mieg et Cie S.A. c. Bank of England (1950) (Royaume-Uni, The Law Reports, Chancery Division, 1950, p. 333); United States of America and Republic of France c. Dollfus Mieg et Cie S.A. and Bank of England (1952) (The All England Law Raports, 1952, vol. 1, p. 572); Sultan of Johore c. Abubakar, Tunku Aris Bendahara and others (1952) (ibid., p. 1261; voir aussi The Law Quarterly Review, Londres, vol. 68, 1952, p. 293) et Rahimtoola c. Nizam of Hyderabad (1957) (Royaume-Uni, The Law Reports, House of Lords, 1958, p. 379) -, il avait été statué dans la ligne d'une conception "restrictive" de l'immunité. Dans l'affaire Dollfus Mieg et Cie S.A. (1950), le Master of the Rolls, sir Raymond Evershed, estima comme lord Maugham qu'"il fallait jalousement surveiller la portée de la règle de l'immunité". Dans l'affaire Sultan of Johore (1952), lord Simon contesta per curiam que l'immunité absolue fût la règle appliquée en toutes circonstances en Angleterre.

Le revirement définitif de la jurisprudence retenant l'immunité absolue depuis l'affaire du "Porto Alexandre" (1920) a été amorcé en 1975 avec celle du "Philippine Admiral", où la décision rendue à propos du "Parlement belge" (1879) (Royaume-Uni, The Law Reports, Probate Division, 1879, vol. IV, p. 129) a été jugée distincte, et l'affaire du Sultan of Johore (1952) citée comme établissant que la question de l'immunité absolue restait ouverte dans le cas de navires appartenant à des Etats engagés dans des opérations commerciales ordinaires.

(Suite de la note page suivante)

17) En Europe continentale, les tribunaux français 129/, néerlandais 130/ et autrichiens 131/ n'ont pas tardé à adopter à leur tour la conception "restrictive" de l'immunité des Etats, d'abord affirmée, on l'a vu, par les tribunaux italiens et belges.

(Suite de la note 128/)

Puis, en 1977, la Cour d'appel, dans l'affaire Trendtex Trading Corporation Ltd c. The Central Bank of Nigeria (voir supra note 59), estimait à l'unanimité que la doctrine de l'immunité absolue ne s'appliquait plus aux transactions commerciales ordinaires et que, par conséquent, celle de l'immunité restreinte devait être appliquée aux actions personnelles aussi bien qu'aux actions réelles. Cette tendance devait être renforcée par la loi de 1978 relative à l'immunité des Etats, State Immunity Act 1978 (voir supra note 102), dont la Chambre des lords a eu à s'occuper pour se prononcer en 1981 dans l'affaire "I Congreso del (Partido" The All England Law Reports, 1981, vol.2, p. 1064). Etant donné la loi de 1978 et cette série récente d'affaires, il faut désormais considérer que la pratique judiciaire britannique est bien établie en ce qui concerne l'exception des activités commerciales de gouvernements étrangers. Voir aussi Planmount Limited c. The Republic of Zaire (High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 29 avril 1980, International Law Reports, vol. 64, 1983, p. 268).

129/ L'étude de la pratique des tribunaux français révèle des traces de certaines limitations de l'immunité des Etats - fondées sur la distinction entre l 'Etat "puissance publique" et l'Etat "personne privée", ou entre "acte d'autorité" et "acte de gestion" ou "acte de commerce" - dès 1890 dans des jugements de tribunaux inférieurs; voir Faucon et Cie c. Gouvernement grec (1890) (Journal du droit international (Clunet), Paris, 17ème année, 1890, p. 288). Ce n'est toutefois qu'en 1918 que les tribunaw français formulèrent et adoptèrent une théorie restrictive de l'immunité. Voir Société maritime auxiliaire de transports c. Capitaine du vapeur anglais "Hungerford" (Tribunal de commerce de Nantes, 1918) (Revue de droit international privé (Darras), Paris, t. XV, 1919, p. 510); Capitaine Seabrook c. Société maritime auxiliaire de transports (Cour d'appel de Rennes, 1919) (ibid., t. XVIII, 1922-1923, p. 743); Etat roumain c. Pascalet et Cie (Journal du droit international (Clunet), Paris, 52ème année, 1925, p. 113).

On peut dire que la jurisprudence française actuelle est fermement attachée à la conception "restrictive" de l'immunité des Etats, fondée sur les "activités commerciales". Les décisions des dernières décennies ont toutefois interprété la théorie des "actes de commerce" avec des résultats quelque peu divergents. C'est ainsi que, d'une part, un achat de cigarettes destinées à une armée étrangère et un contrat pour la réalisation d'une enquête sur la distribution d'eau au Pakistan ont été considérés comme des "actes de puissance publique", effectués dans l'intérêt du service public;

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 129/)

voir, respectivement, Gugenheim c. Etat du Viet Nam (1961) (Revue générale de droit international public, Paris, 66ème année, 1962, p. 654; arrêt reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 257) et Société Transshipping c. Fédération du Pakistan (1966) (Annuaire français du droit international, 1967, Paris, t. XIII, p. 847), alors que, d'autre part, un contrat de location commerciale d'un bureau destiné à un organisme de tourisme d'un Etat étranger et les modalités de lancement d'un emprunt public ont posé des problèmes aux tribunaux pour l'application de la théorie des "actes de commerce"; voir, respectivement, Etat espagnol c. Société anonyme de l'Hôtel George (Y (1970) (Revue générale de droit international public, Paris, t. LXXV, 1971, p. 561; reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 267), et Montefiore c. Congo belge (1955) (Annuaire français de droit international, 1956, Paris, t. II, p. 782). Dans l'affaire Banque camerounaise de développement c. Société des établissements Robler (Cour de cassation, 18 novembre 1986) (Journal du droit international, 1987, vol. 114, p. 632) où était en cause l'aval donné par la Banque camerounaise de développement, banque publique, à des lettres de change tirées par l'Etat du Cameroun, qui avaient été remises pour assurer le financement de la construction d'un hôpital public à Yaoundé, la Cour a retenu la conception restrictive de l'immunité des Etats fondée sur la distinction entre la qualité de puissance publique et celle de personne privée de l'Etat, et jugé que quelle que fût la cause des effets litigieux, l'aval donné par la BCD pour le compte de l'Etat camerounais constituait un acte de commerce accompli dans l'exercice normal de ses activités bancaires et ne relevait en rien de l'exercice de la puissance publique. Voir aussi Banque Tejarat-Iran c. S.A. Tunzini Nessi Entreprises Equipements (Cour d'appel de Paris, 29 novembre 1982, Recueil Dalloz-Sirey, 1983, Inf. rap., p. 302).

130/ Il ressort d'une étude de la jurisprudence néerlandaise qu'après l'adoption en 1917 d'une loi autorisant les tribunaux à appliquer l'immunité des Etats en se référant aux acta jure imperii, la question des acta jure gestionis était restée en suspens jusqu'en 1923, où une distinction fut établie entre les deux catégories d'actes. Les tribunaux néerlandais ont toutefois continué à ne considérer qu'avec réticence qu'une activité accomplie par un gouvernement pût sortir du cadre de l'exercice d'une fonction étatique. C'est ainsi qu'un service public de remorqueurs, un emprunt d'Etat faisant l'objet d'une souscription publique et la gestion d'un navire d'Etat ont été considérée comme des acta jure imperii; voir respectivement F. Advokaat c. I. Schuddinck & den Belgischen Staat (1923) (Weekblad van het Recht, La Haye, 1923, No 11088; Annual Digest ... 1923-1924, Londres, 1933, vol. 2, affaire N° 69, p. 133); E.C.E. de Froe c. USSR (1932) (Weekblad van het Recht, La Haye, 1932, No 12453; Annual Digest . . . 1931-1932, Londres, 1938, vol. 6, affaire No 87, p. 170); et The "Garbi" (1938) (Weekblad van het Recht en Nederlandse Jurisprudentie, Zwolle, 1939, No 96; Annual Digest . . . , 1919-1942, Londres, 1947, vol. 11, affaire No 83, p. 155).

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 130/)

Ce n'est qu'en 1947 que les tribunaux néerlandais ont pu dégager et appliquer un critère plus pratique pour restreindre l'immunité des Etats, en décidant que "les principes de droit international concernant l'immunité de juridiction étrangère des Etats ne s'appliquaient pas aux activités menées par les Etats en matière commerciale, industrielle ou financière"; voir Weber c. USSR (1942) (Weekblad van het Recht en Nederlandse Jurisprudentie, Zwolle, 1942, No 757; Annual Digest ... 1919-1942 (op. cit.), affaire No 74, p. 140); et The Bank of the Netherlands c. he State Trust Arktikugol (Moscow); The Trade Delegation of the USSR in Germany (Berlin); The State Bank of the USSR (Moscow) (1943) (Weekblad van het Recht en Nederlandse Jurisprudentie, Zwolle, 1943, No 600; Annual Digest ... 1943-1945, Londres, 1949, vol. 12, affaire No 26, p. 101). L'exception des activités commerciales a, cependant, été plus clairement énoncée dans la décision rendue en 1973 par la Cour suprême des Pays-Bas dans 1 'affaire Société européenne d'études et d'entreprises en liquidation volontaire c. Socialist Federal Republic of Yugoslavia (Netherlands Yearbook of International Law, 1974, Leyde, vol. V, p. 290; reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles..., p. 355). Voir aussi L.F. et H.M.H.K. c. Federal Republic of Germany (FRG), Tribunal de district de Haarlem, 7 mai 1986, KG (1986) No 322, NJ (1987) No 955, Netherlands Yearbook of International Law, vol. XX, 1989, p. 285, et notamment p. 287-290.

131/ La pratique de l'Autriche a également fluctué : commençant par l'immunité absolue au XIXe siècle, elle a viré vers l'immunité restreinte de 1907 à 1926, pour revenir à l'immunité absolue jusqu'en 1950. Dans l'affaire Dralle c. République de Tchécoslovaquie, jugée en 1950 (Osterreichische Juristen Zeitung, Vienne, vol. 5, 1950, p. 341, No 356; trad. anglaise dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles..., p. 183 et suiv.), la Cour suprême d'Autriche a passé en revue les textes existants faisant autorité en droit international avant de décider d'écarter l'immunité pour les actes non assimilés à des acta jure gestionis. Elle a déclaré :

> "(...) Le fait de soumettre ainsi les acta gestionis à la juridiction des Etats trouve son fondement dans le développement de l'activité commerciale des Etats. La doctrine classique de l'immunité a vu le jour à une époque où toutes les activités commerciales des Etats dans les pays étrangers étaient liées à leurs activités politiques (...). Aujourd'hui, la situation est entièrement différente; les Etats mènent des activités commerciales et (...) font concurrence à leurs propres nationaux et aux étrangers. En conséquence, la doctrine classique de l'immunité a perdu toute signification et, ratione cessante, ne peut plus être reconnue comme une règle du droit international." (Osterreichische Juristen Zeitung..., p. 347; Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 195.)

18) On peut considérer que, dans leur pratique judiciaire, un certain nombre de pays en développement ont eux aussi opté pour l'immunité restrictive. L'Egypte, on l'a vu 132/, a ouvert la voie dans ce domaine. Depuis quelques années, on trouve dans la pratique judiciaire du Pakistan 133/ et celle de l'Argentine 134/ des exemples d'acceptation de l'immunité restreinte,

---

132/ Voir supra note 125.

133/ En 1981, dans 1 'affaire A. M. Qureshi c. Union of Soviet Socialist Republics through Trade Representative in Pakistan and another (All Pakistan Legal Decisions, Lahore, vol. XXXIII, 1981, p. 377), la Cour suprême du Pakistan, après avoir passé en revue les lois et la pratique d'autres juridictions, ainsi que les conventions internationales pertinentes et la doctrine, et confirmé, en l 'approuvant, la distinction entre acta jure imperii et acta jure gestionis, a déclaré que les tribunaux du Pakistan étaient compétents pour connaître des actes commerciaux d'un gouvernement étranger.

134/ Un examen de la jurisprudence argentine révèle que les tribunaux ont reconnu et appliqué le principe de l'immunité absolue dans diverses affaires concernant des actes de souveraineté d'un gouvernement étranger; voir, par exemple, Baima y Bessolino c. Gob berna del Paraguay (1916) (Argentine, Fallos de. la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, vol. 123, p. 58); United States Shipping Board c. Dodero Hermanos (1924) (ibid., vol. 141, p. 127); et Zubiaurre c. Gobierno de Bolivia (1899) (ibid., vol. 79, p. 124); ces affaires sont toutes mentionnées dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles. . . , p. 73 et 74. L'exception des activités commerciales fut appliquée dans l'affaire de l'"Aguila" (1892) à propos d'un contrat de vente qui devait être exécuté et respecté dans les limites de la juridiction de la République argentine (voir Ministro Plenipotenciario de Chile c. Fratelli Lavarello (Fallos de. la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 47, p. 248). La Cour s'était déclarée compétente et avait ordonné la poursuite de la procédure au motif que "la validité intrinsèque de ce contrat et toutes les questions y relatives (devraient) être tranchées conformément aux lois générales de la nation et que les tribunaux nationaux (étaient) compétents en de telles matières". (Voir extrait de l'arrêt dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles . . . , p. 73.) Voir aussi 1. Ruiz Moreno, El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1941.

cependant que dans le cas des Philippines 135/, on relève quelques affaires pertinentes, mais aucune décision sur la question de l'exception fondée par les transactions commerciales.

ii) Etude des législations nationales

19) Un certain nombre de gouvernements ont récemment promulgué des lois qui traitent exhaustivement de la question des immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Ces lois ont pour trait commun de tendre vers l'immunité "restreinte", mais quelques-unes d'entre elles diffèrent sur certains points de détail importants auxquels il faut prendre garde. Sans les analyser ici à fond, il est utile de comparer les textes relatifs à l'exception dr s "contrats commerciaux" contenus dans la loi des Etats-Unis d'Amérique Intitulée Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 136/ et dans la loi du Royaume-Uni intitulée State Immunity Act de 1978 137/.

135/ Voir le quatrième rapport de l'ancien Rapporteur spécial (voir supra note 120, par. 92). C'est ainsi que dans 1 'affaire United States of America, Capt. James E. Galloway, William I. Collins and Robert Gohier, petitioners, c. Hon. V.M. Ruiz (Presiding Judge of Branch XV, Court of First Instance of Rizal and Eligio de Guzman & Co. Inc., respondents, No h-35645, 22 mai 1985, the Supreme Court of the Philippines, en banc, Philippine Yearbook of International Law, vol. XI (1985), p. 87), la Cour suprême des Philippines a jugé que des contrats de réfection d'une base navale étaient liés à la défense nationale, fonction gouvernementale, et ne tumbaient pas sous le coup de 1 'exception à l'immunité des Etats fondée sur les activités commerciales. On ne trouve en revanche aucune décision consacrant l'exception en question à l'immunité des Etats. Il en va de même au Chiii. Voir le quatrième rapport de 1 'ancien Rapporteur spécial, Annuaire . . . 1982, vol. II (première partie), par. 91.

136/ Voir les articles 1604 et 1635 (Nations Unies, Documentation concernant les immunités. juridictionnelles . . ., p. 57 et 58).

137/ Voir l'article 3, sous le titre "Exceptions à 1 'immunité" (ibid, p. 42).

Sur ce point, le Pakistan 138/, Singapour 139/ et l'Afrique du Sud 140/ ont suivi cette dernière loi de très près, et l'Australie 141/ et le Canada 142/ l'ont aussi en partie reprise.

iii) Etude de la pratique conventionnelle

20) L'attitude ou les vues d'un gouvernement peuvent être déduites de sa pratique conventionnelle établie. Les traités bilatéraux peuvent contenir des dispositions par lesquelles les parties conviennent à l'avance de se soumettre à la juridiction des tribunaux locaux en ce qui concerne certains domaines d'activité déterminés, tels que les échanges commerciaux et les investissements. Ainsi, la pratique conventionnelle de l'Union soviétique démontre amplement la volonté de ce pays de faire assurer les relations commerciales par des entreprises d'Etat ou des organisations commerciales dotées d'une personnalité juridique distincte et régies par des autorités territoriales compétentes. Si le fait que la pratique d'un Etat est constante dans ce domaine particulier peut être considéré comme une preuve de l'absence de règles de droit international sur la question, ou comme attestant qu'il est possible de s'écarter de ces règles ou d'y déroger en concluant des accords

138/ Ordonnance de 1981 relative à l'immunité des Etats, State Immunity Ordinance, 1981 (The Gazette of Pakistan, Islamabad, 11 mars 1981; texte reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles . . . , p. 21 et 22).

139/ Loi de 1979 sur l'immunité des Etats, State Immunity Act, 1979, article 5 (Singapour, 1979 Supplement to the Statutes of the Republic of Singapore, reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles . . . , p. 29).

140/ Loi sud-africaine de 1981 sur les immunités des Etats étrangers, South Africa Foreign States Immunities Act of 1981, article 4, paragraphe 1 (Ibid., p. 36).

141/ Loi australienne de 1985 sur les immunités des Etats étrangers, Australian Foreign States Immunities Act of 1981, article 11, paragraphes 1) et 2) (International Legal Materials, vol. 25, 1986, p. 715).

142/ Loi portant sur l'immunité des Etats étrangers devant les tribunaux (La Gazette du Canada, Partie III, Ottawa, vol. 6, No 15, 22 juin 1982, p. 2949, chap. 95), article 5.

bilatéraux, ces pratiques conventionnelles bilatérales cumulées pourraient confirmer l'existence d'une pratique générale des Etats en faveur de limitations convenues, qui pourraient devenir des exceptions consacrées par la pratique internationale 143/. Toutefois, en première lecture, un membre de la Commission a soutenu que l'inclusion répétée de cette exception dans des accords spécifiques était fondée sur le consentement et ne devait pas être considérée comme impliquant une acceptation générale de cette exception.

22) L'accord de 1951 entre l'Union soviétique et la France, qui est typique des traités conclus par l'Union soviétique avec les pays développés 144/, et le paragraphe 3 de l'Echange de lettres de 1953 entre l'Union soviétique et l'Inde 145/, qui est un exemple de ce genre d'accords entre l'Union soviétique et les pays en développement, illustrent eux aussi la pratique conventionnelle en ce qui concerne cette exception.

143/ Cette opinion a été étayée par un membre de la Commission. Voir la déclaration faite par M. Tsuruoka à la trente-troisième session de la Commission, dans laquelle il a parlé des traités de commerce conclus par le Japon avec les Etats-Unis d'Amérique en 1953 et avec l'URSS en 1957 (Annuaire ... 1981, vol. 1, p. 63, 1654ème séance, par. 23).

144/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 221, p. 95, article 10. Voir les dispositions similaires contenues dans les traités conclus entre l'URSS et le Danemark (1946) (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 8, p. 201); la Finlande (1947) (ibid., vol. 217, p. 3); l'Italie (1948) (ibid., p. 181); l'Autriche (1955) (ibid., vol. 240, p. 289); le Japon (1957) (ibid., vol. 325, p. 35); la République fédérale d'Allemagne (1958) (ibid., vol. 346, p. 71); les Pays-Bas (1971) (Tractatenblad an het Koninkrijk der Nederlanden, La Haye, 1971, No 163). Les dispositions pertinentes de ces traités sont reproduites (en anglais) dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 140 à 144.

145/ Ibid., vol. 240, p. 157, article 3. Voir les dispositions similaires figurant dans les traités conclus par l'URSS avec d'autres pays en développement tels que l'Egypte (1956) (ibid., vol. 687, p. 221); l'Iraq (1958) (ibid., vol. 328, p. 118); le Togo (1961) (ibid., vol. 730, p. 187); le Ghana (1961) (ibid., vol. 655, p. 171); le Yémen (1963) (ihid., vol. 672, p. 315); le Brésil (1963) (ibid., vol. 646, p. 277); Singapour (1966) (ibid., vol. 631, p. 125); le Costa Rica (1970) (ibid., vol. 957, p. 347); la Bolivie (1970) (ibid., p. 373). Les dispositions pertinentes de ces trnités sont reproduites (en anglais) dans Nations Unies, Documentation concernant les in-unités juridictionnelles ..., p. 145 à 150.

iv) Etude des conventions internationales et des travaux de codification entrepris par des organismes intergouvernementaux

22) Une convention régionale, la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats 146/, et une convention mondiale, la Convention de Bruxelles de 1926 147/, prévoient une exception à la règle de l'immunité des Etats pour les activités commerciales. Les dispositions de l'article 7 de la Convention européenne sont suffisamment claires 148/; quant à l'article premier de la Convention de Bruxelles 149/, force est de constater que son objectif principal était manifestement d'assimiler, en ce qui concerne les immunités, les navires de commerce exploités par les Etats aux navires de commerce privés.

146/ Voir supra note 41.

147/ Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat (Bruxelles, 1926) et Protocole additionnel (Bruxelles, 1934) (SDN, Recueil des Traités, vol. CLXXVI, p. 199 et 215; Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 173 et suiv.).

148/ L'article 7 dispose :

> "1. Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant lorsqu'il a sur le territoire de l'Etat du for un bureau, une agence ou un autre établissement par lesquels il exerce, de la même manière qu'une personne privée, une activité industrielle, commerciale ou financière, et que la procédure a trait à cette activité du bureau, de l'agence ou de l'établissement.
>
> 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque toutes les parties au différend sont des Etats ou lorsque les parties en sont convenues autrement par écrit."

(ibid., p. 158)

149/ L'article premier dispose :

> "Les navires de mer appartenant aux Etats ou exploités par eux, les cargaisons leur appartenant, les cargaisons et passagers transportés par les navires d'Etat, de même que les Etats qui sont propriétaires de ces navires ou qui les exploitent, ou qui sont propriétaires de ces cargaisons, sont soumis, en ce qui concerne les réclamations relatives à l'exploitation de ces navires ou au transport de ces cargaisons, aux mêmes règles de responsabilité et aux mêmes obligations que celles applicables aux navires, cargaisons et armements privés."

23) Les efforts du Conseil de l'Europe ont abouti à l'entrée en vigueur de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, et des efforts similaires ont été déployés ou sont actuellement en cours également dans d'autres régions. Les Etats d'Amérique centrale, le Conseil interaméricain et les Etats des Caraïbes ont envisagé des projets analogues 150/. Un autre fait nouveau important concerne les travaux de l'organisation des Etats américains sur le projet de convention interaméricaine sur les immunités juridictionnelles des Etats. Au début des années 80, l'Assemblée générale de l'OEA a demandé au Conseil permanent, organe politique, d'étudier le projet de convention interaméricaine sur les immunités juridictionnelles des Etats approuvé par le Comité juridique interaméricain en 1983 151/, qui contient une disposition limitant l'immunité en ce qui concerne les "demandes relatives à des activités commerciales exercées dans l'Etat du for" 152/. Le projet a été examiné par un Groupe de travail du Conseil permanent, qui a rédigé un texte révisé ainsi qu'une analyse comparative des deux projets de l'OEA et de celui de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles. Le texte révisé de l'OEA a été soumis aux gouvernements pour examen.

150/ Voir, par exemple, la documentation présentée par le Gouvernement de la Barbade : "Le Gouvernement de la Barbade a actuellement à l'étude des mesures législatives similaires [à la loi du Royaume-Uni de 1978 sur l'immunité des Etats] et participe très activement aux efforts faits pour élaborer une convention des Caraïbes sur l'immunité des Etats." (Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ....., p. 74 et 75)

151/ Projet de convention interaméricaine sur les immunités juridictionnelles des Etats, adopté le 21 janvier 1983 par le Comité juridique interaméricain (OEA/Ser.G-CP/doc. 1352/83 du 30 mars 1983). Voir aussi. International Legal Materials (Washington, D.C.), vol. XXII, No 2 (1983), p. 292.

152/ Aux termes du deuxième alinéa de l'article 5 du projet de convention, l'expression "activités commerciales d'un Etat" s'entend de l'exécution par ledit Etat d'une opération particulière ou d'un acte de commerce dans le cadre de ses opérations commerciales ordinaires.

2/ On peut conclure de l'étude qui précède que s'il n'est pas facile de délimiter avec! précision les immunités juridictionnelles dans le domaine des "transactions commerciales" en se fondant sur la pratique existante des Etats, le principe de non-immunité des Etats pour les activités commerciales prévu dans la règle formulée au paragraphe 1 de l'article 10 du projet de la Commission a des précédents dans les sources étudiées plus haut 153/.

25) La distinction établie - pour ce qui est de l'immunité de l'Etat à l'égard de la juridiction des tribunaux étrangers - entre un Etat et certaines de ses entités qui effectuent des transactions commerciales semble être étayée de manière générale par les traités récents 154/ et les législations nationales 155/,

---

153/ Voir aussi les travaux des organes non gouvernementaux dont rend compte le quatrième rapport de l'ancien Rapporteur spécial (Annuaire . . . 1982, vol. II (première partie), document A/CN.4/357, p. 226 et 227). Voir en outre, pour les derniers développements, Annuaire de l'Institut de droit international, deuxième partie, session de Saint-Jacques de Compostelle, décembre 1989; et Association du droit international, Conférence du Queensland (1990), Comité international sur les immunités des Etats, First Report on Developments in the Field of State Immunity since 1982.

154/ Voir par exemple la Convention européenne sur l'immunité des Etats, article 27 (Conseil de l'Europe, Convention européenne sur l'immunité des Etats et Protocole additionnel, Série des Traités européens, No 74 (Strasbourg, 1972) et l'accord du ler juin 1990 entre l'Union des Républiques socialistes soviétiques et les Etats-Unis relatif aux relations commerciales, article XII 1).

Des dispositions analogues à celles de l'accord entre l'URSS et les Etats-Unis d'Amérique se retrouvent dans l'Accord relatif aux relation6 commerciales entre la Tchécoslovaquie et les Etats-Unis d'Amérique, du 12 avril 1990 (art. XIV 1)) et dans l'Accord relatif aux relations commerciales entre la Mongolie et les Etats-Unis d'Amérique, du 23 janvier 1991 (art. XII 1)).

155/ Voir, par exemple, la loi du Royaume-Uni de 1978 relative aux immunités des Etats, article 14 1), 2) et 3); la loi de Singapour relative aux immunités des Etats de 1979, article 16 1), 2) et 3); l'ordonnance du Pakistan relative aux immunités des Etats de 1981, article 15 1), 2) et 3); la loi de l'Afrique du Sud relative aux immunités des Etats étrangers de 1981, articles 1 2) et 15; et la loi du Canada relative aux immunités juridictionnelles dont jouissent les Etats devant les tribunaux canadiens de 1982, articles 2, 3 1), 11 3) et 13 2). Voir aussi la loi de l'Australie relative aux immunités des étrangers de 1985, article 3 1), le Foreign Sovereign Immunities Act des Etats-Unis (1976), articles 1603 a) et b) et 1606, ainsi que l'article 452 du Third Restatement.

(Suite de la note page suivante)

ainsi que par la pratique judiciaire des Etats 156/, encore que l'approche ou les besoins puissent varier d'un Etat à l'autre 157/.

(Suite de la note 155/)

Les lois nationales qui intéressent particulièrement le présent contexte sont celles qui ont été promulguées récemment dans plusieurs pays socialistes. Voir, par exemple, la loi de l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur les entreprises (groupements) d'Etat, du 30 juin 1987 (Vedomosti Verkhovnogo Soveta SSR, ler juillet 1987, No 26 (2412), texte 385, p. 427 à 463) (art, 1 1), 2) et 6)); le décret de 1987 sur la procédure à suivre pour la création sur le territoire de l'URSS et les activités de coentreprises comportant la participation d'organisations soviétiques et de sociétés de pays capitalistes et de pays en développement (décret du Conseil des ministres de l'URSS adopté le 13 janvier 1987, No 49, SP SSSR (1987), No 9, point 40: tel que modifié par les décrets No 352 du 17 mars 1988 et No 385 du 6 mai 1989. Svod zakonov SSSR. IX. 50-19; SP SSSR (1989), No 23, point 75; la loi de l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur les coopératives en URSS, adoptée par le Soviet Suprême de l'URSS le ler juin 1988 (art. 5, 7 et 8); la loi de la République populaire de Chine sur les entreprises industrielles qui sont la propriété du peuple tout entier, adoptée le 13 août 1988 à la première session du Septième Congrès national du peuple (article 2); les principes généraw de droit civil de la République populaire de Chine adoptés à la quatrième session du Sixième Congrès national du peuple, promulgués par le décret No 37 du Président de la République populaire de Chine le 12 avril 1986 et entrés en vigueur le ler janvier 1987 (art. 36, 37 et 41); la loi de la République fédérative tchèque et slovaque sur les entreprises comportant une participation étrangère, la loi du 19 avril 1990 modifiant la loi No 173 de 1988 sur les entreprises comportant une participation étrangère, Coll. (art, 2 et 4).

156/ Pour la pratique judiciaire des Etats-Unis d'Amérique, voir, par exemple, Master of SEDCO, Inc. (543 F. Supp., p. 561. U.S. District Court, S.D. Texas, 30 mars 1982; O'Connel Machinery Co. c. M.V. "Americana" 734, F. 2d, p. 115, U.S. Court of Appeals, 2d Circ., 4 mai 1984). Voir toutefois First National City Bank c. Banco Para el Comrercio Exterior de (1983) (103 S.Ct., p. 2591, 17 juin 1983. The American Journal of International Law, vol. 78, p. 230 (1984)). Voir en outre Foremost-McKesson, Inc. c. Islamic Republic of Iran (905 F. 2d, p. 438. U. S. Court of Appeals, D.C. Cir., 15 juin 1990), et Kalamazoo Spice Extrac t ion Company c. The Provisional Military Government of Socialist Ethiopia (U.S. Foreign Sovereign Immunities Act, 26 août 1985. International Legal Materials, vol. 24, p. 1277 (1985)). Cf. Edlow International Co. c. Nuklearna Elektrarna Krsko (441 F. Supp., p. 827 (D.D.C. 1977), International Law Reports, vol. 63 (1982), p. 100).

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 156/)

En ce qui concerne la pratique judiciaire du Royaume-Uni, voir, par exemple, l'affaire I Congreso del Partido (1983) (The Law Reports, 1983, vol. 1, p. 244) dans laquelle la Cour d'appel a déclaré :

> "Les entreprises contrôlées par l'Etat, dotées de la personnalité juridique, de la capacité de commercer et de conclure des contrats de droit privé, bien qu'elles soient entièrement soumises au contrôle de leur Etat, sont bien connues sur la scène commerciale moderne. La distinction que l'on fait entre elles et l'Etat dont elles dépendent peut paraître artificielle : mais c'est une distinction admise dans le droit de l'Angleterre et des autres Etats. Des considérations toutes différentes s'appliquent à une entreprise contrôlée par l'Etat qui agit sur les instructions du gouvernement, d'une part, et un Etat qui exerce les prérogatives de la puissance publique, d'autre part." (Ibid., p. 258, citations omises)

Dans la suite de son opinion, Lord Wilberforce a rejeté la thèse selon laquelle les transactions commerciales conclues par des organisations qui sont la propriété de l'Etat pouvaient être attribuées au Gouvernement cubain :

> "Nos tribunaux connaissent bien le statut de ces organisations et il n'a jamais été soutenu que l'Etat concerné était en droit responsable de leurs actions." (Ibid., p. 271.)

Voir également l'affaire Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria (1977) (voir supra note 59) dans laquelle la Cour d'appel a déclaré que la Central Bank of Nigeria n'était pas un alter ego ou un organe du Gouvernement nigérian pour ce qui était de savoir si elle pouvait ou non se prévaloir de l'immunité; et 1 'affaire C. Czarnikov Ltd c. Centrala Hondlu Zagranicznego Rolimpex (Court of Appeal (1978) Q.B. 176, House of Lords (1979) A.C. 351, (International Law Reports, vol. 64 (1983), p. 195) dans laquelle la Chambre des lords a confirmé la décision du tribunal inférieur selon laquelle, en l'absence de preuve certaine et faute de pouvoir établir avec certitude que le gouvernement étranger avait agi uniquement pour dégager une entreprise d'Etat des obligations liées à un contrat d'Etat, on ne pouvait pas considérer l'entreprise comme un organe de l'Etat.

Pour la pratique des tribunaux canadiens, voir, par exemple, Ferranti-Packard Ltd c. Cushman Rentals Ltd et al (International Law Reports, vol. 64, 1983, p. 63) et Bouchard c. J.L. Le Saux Ltée, 1984, 45 O.R. (2d), p. 792, Ontario Supreme Court (Master's Chambers), Canadian Yearbook of International Law, vol. XXIII, 1985, p. 416 et 417. Dans la première affaire, les juges de la Haute Cour de justice de 1 'Ontario ont jugé que la New York State Thruway Authority, n'étant pas un organe ou alter ego de l'Etat de New York mais un organisme indépendant constitué en vue de conduire ses propres activités commerciales, ne pouvait pas se prévaloir de l'immunité.

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 156/)

Dans la seconde affaire, le Senior Master, tout en écartant finalement l'assignation de la James Bay Energy Corporation au motif que cette société pouvai L exciper de 1 'immunité en sa qual ité d'organe du Gouvernement québecois, n'en a pas moins examiné, pour se prononcer, s'il y avait dans les faits la moindre indication qu'elle menait des activités purement privées ou commerciales .

Pour la pratique judiciaire f rançaise, voir, par exemple, Corporación del Cobre c. Braden Copper Corporat ion et Société f rançaise Groupement d'importation des métaux (Clunet, vol. 100, 1973, p. 228 et 229); Société des Ets Poclain et Cie d'assurances la Concorde c. Morflot URSS et autres (International Law Reports, vol. 65, 1984, p. 67). Dans l'affaire Société nationale des transports routiers c. Compagnie algérienne de transit et d'affrètement Serres et Pilaire et autre (Bulletin des. arrêts de la Cour de cassat ion, 1979, IV, p. 80), la Cour a considéré que :

> "... la SNTR avait une personnalité distincte de celle de l'Etat algérien ainsi qu'un patrimoine propre, sur lequel seul s'exercerait l'action de ses créanciers, et faisait, comme une entreprise ordinaire, des transports de marchandises constituant des actes de commerce; qu'en l'état de ces constatations, In Cour d'appel a retenu à juste titre . . . que, devant une juridiction française, la SNTR ne pouvait prétendre ni exploiter les hiens appartenant à l'Etat algérien, ni, à supposer qu'il en fût autrement, agir en vertu d'un acte de puissance publique ou dans l'intérêt d'un service public, de sorte qu'elle ne pouvait. bénéficier d'aucune des immunités de juridiction ou d'exécution." (Ibid., p. 81)

Dans le cas de l'Allemagne, où L'on peut dire que les tribunaux ont appliqué aussi bien le critère structure1 que le critère fonctionnel, voir, par exemple, l'affaire Non-Resident Petitioner c. Central Bank of Nigeria (1975) (International Law Reports, vol. 65 (1984), p. 131) relative à un contrat dans laquelle le Tribunal de district de Francfort a conclu : "Il n'est pas besoin de juger si, en vertu des compétences qui lui sont assignées, la défenderesse s'acquitte de fonctions d'autorité et si, sous l'empire de la loi nigériane, elle agit en qualité de personne morale et assume en totalité ou en partir ! 'autorité de l'Etat dans l'exercice de ses compétences dans le cadre du droit. public. Le demandeur observe à juste titre qu'en droit international, selon la jurisprudence générale aussi bien que les textes et les écrits doctrinaux, les entités juridiques autonomes d'un Etat étranger ne jouissent d'aucune immunité" (ibid., p. 134). Le Tribunal ajoutait prudemment que même si la défenderesse était une division administrative juridiquement dépendante de l ' Etat, el le n'aurait encore aucun titre à

(Suite de I n note page suivante)

(Suite de la note 156/)

l'immunité, puisque l'immunité de juridiction ne jouait que pour les acta jure imperii, non pour les acta jure gestionis. De même, dans l'affaire National Iranian Oil Company Pipeline Contracts, en 1980 (ibid., vol. 65 (1984), p. 212), la Cour provinciale supérieure de Francfort a jugé qu'il n'y avait aucune règle générale de droit public international excluant la compétence de l'Etat du for pour les actions intentées contre un Etat étranger à raison de ses activités autres que l'exercice de la puissance publique (acta jure gestionis), en ajoutant :

> "En Allemagne, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, la position dominante est que les entreprises commerciales d'un Etat étranger qui ont été dotées d'une personnalité juridique propre autonome ne jouissent pas de l'immunité. . . . ce qui est décisif, c'est que la défenderesse est organisée sous l'empire de la loi iranienne en société anonyme - c'est-à-dire en personne morale de droit privé jouissant de l'autonomie vis-à-vis de l'Etat iranien."

Voir en outre l'affaire des Recours constitutionnels de la National Iranian Oil Company contre certaines ordonnances de saisie à l'encontre de la demanderesse rendues en référé par le Tribunal de district et confirmées par la Cour d'appel de Francfort, 37 WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, 722 (1983) (Cour constitutionnelle fédérale, 12 avril 1983, traduction anglaise dans International Legal Materials, vol. XXII, p. 1279 (1983)).

Pour la pratique des tribunaux suisses, voir, par exemple, l'affaire Banque centrale de la République de Turquie c. Weston compagnie de finance et d'investissement SA (1978) (Nations Unies, Documentation concernant les immunités..., p. 435 et suiv.), dans laquelle le Tribunal fédéral a rejeté l'exception d'immunité, au motif que l'accord passé entre deux banques commerciales en vue de l'octroi d'un "time deposit", auquel l'Etat en cause n'était pas partie et qui avait été conclu suivant la pratique bancaire internationale ordinaire, devait être considéré de par sa nature comme un contrat de droit privé (jure gestionis), pour lequel les tribunaux suisses étaient compétents. Dans cette affaire, il semble que l'analyse ratione materiae ait pesé dans la balance, mais il a aussi été indiqué que la banque

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 156/)

d'Etat devait être assimilée à une banque privée pour ce qui était de la transaction considérée. Voir aussi Banco de la Nación Lima c. Banco Cattolica del Veneto, (Annuaire suisse de. droit international, 1985, vol. XLI, p. 170 à 172); Swissair c. X et autre (1985) (Tribunal fédéral, International Law Reports, vol. 82, 1990, p. 36) et Banque du Gothard c. Chambre des recours en matière pénale du Tribunal d'appel du canton du Tessin et autre (1987) (Tribunal fédéral, ibid., p. 50). Dans cette dernière affaire, les dépôts bancaires de l'Institut de la Cité du Vatican ont été traités de la même manière que ceux d'une banque d'Etat étrangère.

On peut citer encore, parmi d'autres affaires ayant trait à la question des entreprises ou autres entités d'Etat dans la perspective de l'immunité de juridiction des Etats devant les tribunaux étrangers, pour la Belgique : S.A. "Dhlellemes et Masurel" c. Banque centrale de la République de Turquie (Cour d'appel de Bruxelles, 1963, International Law Reports, vol. 45, 1972, p. 85) et pour l'Italie : Hungarian Papal Institute c. Hungarian Institute (Academy) in Rome (Cour de cassation, 1960, ibid., vol. 40, 1970, p. 59).

Faute d'informations, il est malaisé de discerner ce qu'est la pratique judiciaire des pays en développement en ce qui concerne les entreprises ou entités d'Etat étrangères. Pour celle des tribunaux indiens, voir, par exemple, New Central Jute Mills Co. Ltd. c. VEB Deutfracht Seereederei Rostock (Calcutta High Court, A.I.R. 1983, cal. 225, Indian Journal of International Law, vol. 23, 1983, p. 589), affaire dans laquelle la Cour a conclu que "VEB Deutfracht Seereederei Rostock", compagnie constituée en société sous l'empire des lois de la République démocratique allemande, n'était pas un "Etat" au sens de la législation nationale exigeant le consentement de l'Etat central indien pour poursuivre un Etat étranger en justice, mais elle n'a pas tranché la question de savoir si ladite entité devait être considérée comme faisant partie d'un Etat aux fins de l'immunité de juridiction en droit international.

157/ Voir C. Schreuer, State Immunity: Some Recent Developments, 1988, p. 92 à 124.

Article 11

Contrats de travail

1. A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'Etat et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

a) si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions étroitement liées à l'exercice de la puissance publique;

b) si l'action a pour objet l'engagement, le renouvellement de l'engagement ou la réintégration d'un candidat;

c) si l'employé n'était ni ressortissant ni résident habituel de l'Etat du for au moment où le contrat de travail a été conclu;

d) si l'employé est ressortissant de l'Etat employeur au moment où l'action est engagée; ou

e) si l'employé et l'Etat employeur en sont convenus autrement par écrit, sous réserve de considérations d'ordre public conférant aux tribunaux de l'Etat du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action.

Commentaire

a) Nature et portée de l'exception aue constituent les "contrats de travail"

1) L'article 11 adopté par la Commission se rapporte à un domaine généralement désigné sous le nom de "contrats de travail", qui est devenu depuis peu une exception au principe de l'immunité des Etats. Les "contrats de travail" n'entrent pas dans la définition de l'expression "transaction commerciale", donnée à l'alinéa 1 c) de l'article 2 du présent projet d'articles. Ils sont donc d'une nature différente de celle des transactions commerciales.

2) Sans donner de définition technique du contrat de travail, il est utile d'indiquer certains de ses éléments essentiels pour les besoins de l'article 11. Au sens de cet article, l'exception s'entend d'un contrat de travail ou de services conclu entre un Etat et une personne physique (ou un

particulier) aux fins de travaux exécutés ou à exécuter en tout ou en partie sur le territoire d'un autre Etat. Deux Etats souverains sont en cause : l'Etat employeur et l'Etat du for. Le particulier ou la personne physique est aussi un élément important en tant que partie au contrat de travail recrutée pour exécuter des travaux dans l'Etat du for. L'exception au principe de l'immunité des Etats s'applique aux affaires auxquelles donnent lieu les conditions fixées dans le contrat de travail.

3) Puisque deux Etats souverains sont en cause, il y a conflit entre deux systèmes juridiques pour l'application des lois qui leur sont propres. L'Etat employeur a intérêt à ce que soit appliqué son droit pour ce qui est de la sélection, du recrutement et de l'engagement d'un employé par l'Etat ou par l'un de ses organes, organismes ou institutions agissant dans l'exercice de la puissance publique. Il semblerait justifié aussi que, pour l'exercice des pouvoirs de surveillance et du pouvoir disciplinaire à l'égard de son propre personnel ou de ses propres fonctionnaires, l'Etat employeur ait un intérêt prépondérant à veiller au respect de ses règlements internes et qu'il ait la prérogative de l'engagement et du licenciement, qui résultent de décisions unilatérales prises par lui.

4) Par contre, l'Etat du for semble garder une compétence exclusive voire un intérêt prépondérant à l'égard des questions d'ordre public interne relatives à la protection à accorder au personnel local. Les questions d'assurance médicale, d'assurance contre certains risques, de salaire minimal, de droit au repos et aux loisirs, de congés payés, de versement des indemnités à la cessation d'un contrat de travail, etc., sont essentiellement du ressort de l'Etat du for, en particulier lorsque les employés sont recrutés pour y travailler ou en étaient ressortissants ou résidents permanents ou habituels au moment du recrutement. En dehors de ces questions, l'Etat du for n'est sans doute guère fondé à invoquer un intérêt supérieur ou prépondérant à exercer sa juridiction. Le critère de la juridiction est clairement et incontestablement le lien territorial étroit entre les contrats de travail et l'Etat du for, c'est-à-dire l'exécution dans le territoire de l'Etat du for ainsi que la nationalité ou la résidence habituelle des employés. Les employés locaux d'une ambassade étrangère, par exemple, n'auraient pas, en fait, la possibilité de présenter une demande ailleurs que devant

un tribunal de l'Etat du for 158/. L'article 11 fournit, à cet égard, une importante garantie en protégeant leurs droits en matière judiciaire. Il vise à la fois les employés permanents et les employés indépendants titulaires d'un contrat de travail de courte durée.

b) La règle de la non-applicabilité de l'immunité

5) L'article 11 tente donc de maintenir un difficile équilibre entre les intérêts concurrents de l'Etat employeur en ce qui concerne l'application de son droit et les intérêts prépondérants de l'Etat du for en ce qui concerne l'application de sa législation du travail, et dans certains cas exceptionnels, le maintien de sa juridiction exclusive à l'égard de l'objet d'une action.

6) Ainsi, le paragraphe 1 énonce la règle de la non-applicabilité de l'immunité. Il ressort de son libellé que l'exercice de la Juridiction par le tribunal compétent de l'Etat du for est fondé sur le fait que c'est sur le territoire de l'Etat du for que l'employé accomplit le travail prévu par le contrat. L'affiliation de l'employé au régime de sécurité sociale de l'Etat du for, qui figurait comme condition dans le texte initial adopté en première lecture, a été supprimée en deuxième lecture, étant donné que les Etats n'ont pas tous des régimes de sécurité sociale au sens strict du terme et que certains Etats étrangers peuvent préférer que leurs employés ne soient pas couverts par le régime de sécurité sociale de l'Etat du for. En outre, certains régimes de sécurité sociale ne couvrent pas les personnes employées pour de très courtes périodes. Si la référence aux dispositions de sécurité sociale avait été maintenue à l'article 11, ces personnes auraient

---

158/ Voir, par exemple, S. c. Etat indien (Tribunal fédéral, 22 mai 1984) (Annuaire suisse de droit international, 1985, vol. 41, p. 172) concernant le licenciement d'un ressortissant italien recrute localement et engagé par l'Ambassade de l'Inde à Berne comme radio-télégraphiste, puis qui se vit confier des travaux de rédaction, traduction et photographie et enfin des fonctions d'employé de bureau. Le tribunal a conclu que vu que l'employé était de nationalité italienne, qu'il s'acquittait de tâches subalternes et avait été recruté en dehors de l'Inde, il n'avait aucun lien avec l'Etat indien et l'exercice de la juridiction ne pouvait en l'espèce être préjudiciable à l'accomplissement des fonctions étatiques et que par conséquent le contrat de travail ne relevait pas de l'exercice de la puissance publique de l'Inde et les tribunaux suisses avaient compétence pour connaître de cette affaire.

été privées de la protection des tribunaux de l'Etat du for. Or ce sont précisément elles qui sont les plus vulnérables et qui ont le plus besoin de recours judiciaires efficaces La condition du recrutement de l'employé dans l'Etat du for, qui figurait dans le texte adopté en première lecture, a elle aussi été supprimée.

7) Le paragraphe 1 est formulé comme règle supplétive, puisque les Etats peuvent toujours s'entendre autrement, c'est-à-dire adopter une solution différente en renonçant à la juridiction pour les questions de main-d'oeuvre locale en faveur de l'immunité. Il importe avant tout de respecter les régimes conventionnels et le consentement des Etats intéressés, la question de l'exercice de la juridiction, ou de la renonciation à l'exercice de la juridiction, par l'Etat du for, ou du maintien de l'immunité juridictionnelle de l'Etat employeur, ne pouvant être résolue sans eux. Sans se déclarer opposés à l'adoption du paragraphe 1, plusieurs membres ont estimé que ce paragraphe aurait dû poser la règle de l'immunité des Etats, et que le paragraphe 2 aurait dû énoncer les exceptions à cette règle.

c) Circonstances justifiant le maintien de la règle de l'immunité des Etats

8) Le paragraphe 2 tend à établir et à maintenir l'équilibre voulu. Pour ce faire, il assigne d'importantes limites à la règle de la non-applicabilité de l'immunité en indiquant les circonstances dans lesquelles la règle de l'immunité reste en vigueur.

9) L'alinéa a) du paragraphe 2 dispose que la règle de l'immunité s'applique dans le cas de l'engagement des fonctionnaires d'un certain rang, dont les fonctions sont étroitement liées à l'exercice de la puissance publique, tels que les secrétaires privés, les agents du chiffre, les interprètes, les traducteurs et autres personnes exerçant des fonctions liées à la sécurité ou aux intérêts fondamentaux de l'Etat 159/. Les fonctionnaires dûment

---

159/ Voir, par exemple, la pratique judiciaire de l'Italie : Console generale britannico in Naooli c. Ferraino (Gorte di Cassazione (Sezioni Unite), 17 janvier 1986, No 283, Annuaire italien de droit international, vol. VII, p. 298 et 299 (1986-1987)); Console generale belga in Napoli c. Esposito (Gorte di Gassazione (Sezioni Unite), 3 février 1986, No 666, ibid.); Panattoni c. Repubblica federale di Germania (Corte di Gassazione, 15 juillet 1987) (Rivista di diritto internazionale, 1988, vol. 71, p. 902).

(Suite de la note page suivante)

accrédités relèvent, bien entendu, de cet alinéa. Leurs contrats de travail ne pourront faire l'objet d'actions devant les tribunaux de l'Etat du for et de telles actions, si elles étaient engagées, ne seraient pas recevables. Lors de l'examen en deuxième lecture, la Connnission a jugé que l'expression "services liés à l'exercice de la puissance publique", qui figurait dans le texte adopté en première lecture, risquait de se prêter à une interprétation par trop extensive vu qu'un contrat de travail conclu par un Etat avait de bonnes chances d'être, fût-ce très indirectement, "lié à l'exercice de la puissance publique". On a estimé que l'exception prévue à l'alinéa a) ne se justifiait que s'il existait un lien étroit entre le travail à accomplir et l'exercice de la puissance publique. L'adverbe "étroitement" a donc été ajouté avant le mot "lié". Pour éviter toute confusion avec les contrats de prestations de services qui relevaient de la définition de la "transaction commerciale" et étaient donc visés par l'article 11, le mot "services" a été remplacé en deuxième lecture par "fonctions".

(Suite de la note 159/)

Pour la pratique judiciaire de quelques autres Etats, voir, par exemple, Pologne : Maria B c. Institut culturel autrichien à Varsovie (Cour suprême, 25 mars 1987, International Law Reports, vol. 82, (1990), p. 1); Allemagne : Conrades c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Tribunal des prud'hommes de Hanovre, 4 mars 1981, International Law Reports, vol. 65 (1984), p. 205); Belgique : Portugal c. Goncalves, Tribunal civil de Bruxelles (Deuxième Chambre) (11 mars 1982, International Law Reports, vol. 82 (1990), p. 115); Suisse : Tsakos c. Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique (Tribunal des prud'hommes de Genève, ler février 1972, International Law Reports, vol. 75 (1987), p. 78); Royaume-Uni : Sengupta c. Republic of India (Employment Appeal Tribunal, 17 novembre 1982, International Law Reports, vol. 64 (1983), p. 352).

10) L'alinéa b) du paragraphe 2 a pour objet de confirmer la pratique actuelle des Etats 160/ selon laquelle la règle de l'immunité s'applique en ce qui concerne l'exercice par l'Etat du pouvoir discrétionnaire de nommer ou de ne pas nommer un particulier à un poste officiel ou à un emploi. Il en est ainsi de la nomination effective qui, conformément au droit de l'Etat employeur, est considérée comme un acte unilatéral de puissance publique. Tel est également le cas du "licenciement" ou "renvoi" d'un employé par l'Etat, qui a normalement lieu après une enquête menée dans le cadre du pouvoir disciplinaire ou hiérarchique exercé par l'Etat employeur. Cet alinéa s'applique aussi aux cas dans lesquels l'employé cherche à faire renouveler son contrat ou à être réintégré s'il a été mis fin à son engagement avant terme. La règle de l'immunité ne s'applique que dans le cas de recrutement, de renouvellement de l'engagement et de réintégration d'un particulier. Elle est sans préjudice des recours qui pourraient encore être ouverts dans l'Etat du for aux fins d'obtenir une indemnité ou des dommages-intérêts en cas de "licenciement abusif" ou de non-respect de l'obligation d'engager ou de renouveler l'engagement. En d'autres termes, cet alinéa n'empêche pas un employé d'intenter une action contre l'Etat employeur dans l'Etat du for pour obtenir réparation d'un préjudice résultant du non-respect d'une obligation concernant son engagement, le renouvellement de son engagement ou sa réintégration. En seconde lecture, la Commission a, par souci de précision, remplacé le mot "concerne" par les mots "a pour objet". La nouvelle expression restreint clairement la portée de l'exception aux actes ponctuels visés dans l'alinéa, qui relèvent légitimement du pouvoir discrétionnaire de l'Etat employeur.

160/ Voir, par exemple, dans la pratique judiciaire de l'Italie, l'intéressante décision rendue en 1947 par les Chambres réunies de la Cour de cassation dans l'affaire Tani c. Rappresentanza commerciale in Italia dell'U.R.S.S. (Il Foro Italiano. Rome, vol. LXXI, 1948, p. 855; Annual Digest . . . 1948, Londres 1953, vol. 15, p. 141, affaire No 45), qui ont estimé que la délégation commerciale soviétique bénéficiait de l'immunité de juridiction en ce qui concernait l'emploi d'un ressortissant italien, car il s'agissait d'actes jure imperii, bien que l'auteur de la décision d'emploi fût

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 160/)

une entité juridique distincte, en l'occurrence une société créée par un Etat étranger. Dans cette affaire, il n'a pas non plus été fait de distinction entre les activités diplomatiques et les activités commerciales de l'agence commerciale. De même, en 1955, dans l'affaire Department of the Army of the (Rived States of America c. Çori Savællini ista di diritto internazionale, Milan, vol. XXXIX, 1956, p. 91 et 92; International Law Reports, Londres, 1960, vol. 23, p. 201), la Cour de cassation s'est déclarée incompétente pour connaître d'une action concernant l'emploi d'un citoyen italien par une base militaire des Etats-Unis en Italie conformément au Traité de l'Atlantique Nord, car la Cour a jugé qu'il s'agissait d'une attività pubblicistica menée dans le cadre des funzioni pubbliche o politiche du Gouvernement des Etats-Unis : l'engagement était un acte qui relevait de l'exercice de la puissance publique, et devait donc être considéré comme un atto di sovranità.

Dans l'affaire Rappresentanza commerciale dell'U.R.S.S. c. Kazmann (1933) ((Rivista ..., Rome, 25ème année, 1933, p. 240; Annual Digest ... 1933-1934, Londres, 1940, vol. 7. p. 178, affaire No 69)), concernant le licenciement abusif d'un ancien employé de la délégation commerciale soviétique à Milan, la Cour suprême italienne a confirmé le principe de l'immunité. Cette décision a fait jurisprudence et a été suivie par d'autres tribunaux italiens dans d'autres affaires, telles que Little c. Riccio e Fischer (Cour d'appel de Naples, 1933) (Rivista ..., 26ème année, 1934, p. 110) (Cour de cassation, 1934) (Annual Dinest . . . 1933-1934, op. cit., y. 177, affaire No 68); la Cour d'appel de Naples et la Cour de cassation se sont déclarées incompétentes dans cette affaire concernant le licenciement abusif du sieur Riccio, qui était employé dans un cimetière appartenant à la Couronne britannique et "entretenu par la Grande-Bretagne jure imperii au profit de ses ressortissants en tant que tels et non en tant que particuliers". Dans une autre affaire, Luna c. Repubblica socialista di Romania (1974) (Riviste ..., Milan, vol. LVIII, 1975, p. 597), qui concernait un contrat de travail conclu par un organisme économique relevant de l'ambassade de Roumanie, la Cour suprême a de même débouté Luna, qui réclamait 7 799 212 lires d'indemnité au titre d'une rémunération basée sur le contrat de travail. La Cour a considéré que ces relations entre employeur et employé ne relevaient pas de la compétence des tribunaux italiens.

Voir la pratique des tribunaux néerlandais, par exemple dans l'affaire M.K. c. République de Turquie (Tribunal d'instance de La Haye, ler août 1985, Collection de l'Institut No R.2569; Annuaire de droit international des Pays-Bas, vol. XIX, p. 435 (1988)) concernant la demande d'annulation du licenciement d'une secrétaire néerlandaise employée à 1 'ambassade de Turquie à La Haye. Le tribunal a considéré que la conclusion d'un contrat de travail

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 160/)

avec une employée de bureau néerlandaise qui n'avait ni le statut diplomatique ni le statut de fonctionnaire était un acte que la défenderesse avait accompli au même titre qu'une personne physique ou morale relevant du droit privé et qu'il ne s'agissait en aucune façon d'un acte purement étatique; la défenderesse, qui était représentée par l'ambassadeur, avait conclu une transaction juridique au même titre qu'une personne physique ou morale de droit privé. En conséquence, le tribunal a décidé que l'immunité opposée par la défenderesse devait donc être rejetée et qu'en outre, puisque la défenderesse avait donné l'avis de licenciement sans l'accord du Directeur du Bureau régional de 1 'emploi [Gewes teli jk Arbeidsbureau] , sans le consentement de l'intéressée et sans avoir eu ni même allégué une raison urgente de le faire, le licenciement était frappé de nullité.

Voir également la pratique des tribunaux espagnols, par exemple dans F.B.M. c. Guinée éauatoriale (Tribunal Supremo, 10 février 1986, résumé dans Revista Española de Derecho Internacional, 1988, vol. 40, II, p. 10), concernant la demande de réintégration comme réceptionniste à l'ambassade de Guinée équatoriale d'un ressortissant espagnol. Le tribunal a déclaré qu'accorder l'immunité de juridiction à la Guinée équatoriale reviendrait à étendre par analogie les règles relatives à l'immunité diplomatique et à reconnaître que l'immunité absolue de juridiction des Etats est une règle coutumière ou un principe fondamental du droit international, alors que ce principe était actuellement remis en question par la doctrine et que les tribunaux nationaux exerçaient leur juridiction à l'égard des Etats souverains dans les affaires concernant des acta iure gestionis; voir aussi D.A c. Sudáfrica (Tribunal Supremo, ler décembre 1986, résumé dans Revista Española de Derecho Internacional, 1988, vol. 40, II, p. 11), affaire dans laquelle le tribunal a fait droit à la demande de réintégration comme secrétaire à l'ambassade d'Afrique du Sud d'une personne n'ayant pas la nationalité espagnole, en déclarant que les acta iure gestionis n'entraient pas dans le champ d'application des règles générales relatives à l'immunité juridictionnelle des Etats.

En ce qui concerne les tribunaux belges, voir, par exemple l'affaire Castanheira c. Office commercial du Portugal (1980) (Tribunal du travail de Bruxelles, résumé dans Revue belge de droit international, 1986, vol. 19, p. 368), concernant un contrat de travail entre un ressortissant portugais et le Fundo de Fomenteo de Exportaçao, entité publique portugaise. Le tribunal a conclu que si, en tant qu'émanation de l'Etat, l'entité en question pouvait en principe jouir de l'immunité de juridiction, le contrat de travail présentait les caractéristiques d'un acte de gestion privée. L'immunité a donc été refusée.

11) L'alinéa c) du paragraphe 2 prévoit lui aussi que l'immunité des Etats s'applique lorsque l'employé n'est ni ressortissant ni résident habituel de l'Etat du for, le moment à prendre en considération pour ces deux conditions étant celui où le contrat de travail a été conclu. La situation serait plus compliquée si l'on choisissait un moment différent – par exemple le moment où l'action est engagée –, certains pouvant être tentés de changer de nationalité ou d'établir leur résidence permanente ou habituelle dans l'Etat du for, ce qui limiterait injustement l'immunité de l'Etat employeur. La protection de l'Etat du for est limitée essentiellement à la main-d'oeuvre locale, c'est-à-dire aux ressortissants de l'Etat du for et aux non-ressortissants qui y résident habituellement. Sans le lien de la nationalité ou de la résidence habituelle, l'Etat du for n'est plus fondé à revendiquer la prépondérance de sa législation du travail et de sa juridiction en la matière face à un Etat employeur étranger, malgré le lien territorial que constituent le lieu du recrutement de l'employé et le lieu où le travail doit être accompli conformément au contrat.

12) Une autre mesure de sauvegarde importante visant à protéger l'intérêt de l'Etat employeur est prévue à l'alinéa d) du paragraphe 2. Si l'employé a la nationalité de l'Etat employeur au moment où l'action est engagée, ce fait emporte l'application de la règle de l'immunité de juridiction des tribunaux de l'Etat du for. S'agissant des relations entre un Etat et ses propres nationaux, aucun autre Etat ne doit revendiquer la prépondérance de sa juridiction pour des questions découlant de contrats de travail. Des voies de recours existent dans l'Etat employeur et les tribunaux peuvent y être saisis. La question de savoir si le droit à appliquer est le droit administratif ou le droit du travail de l'Etat employeur ou de tout autre Etat est sans importance en l'espèce.

13) Enfin, l'alinéa e) du paragraphe 2 reconnaît l'autonomie de la volonté, y compris pour le choix du droit, et la possibilité de choisir un tribunal ou forum prorogatum. Cette autonomie n'est pas sans limite. Elle est soumise à des considérations d'ordre public ou, comme il est dit dans certains systèmes, de "moralité et de conscience populaire", qui confèrent aux tribunaux de l'Etat du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action.

14) Les règles énoncées à l'article 10 apparaissent conformes à la tendance qui se fait jour depuis peu dans la pratique législative et conventionnelle d'un nombre toujours plus grand d'Etats 161/.

15) On a fait observer à la Commission que l'alinéa c) du paragraphe 2 risquerait de priver de toute protection juridique les personnes qui, au moment pris en considération, n'étaient ni des nationaux ni des résidents habituels de l'Etat du for.

161/ A propos de l'alinéa 2 c) de l'article 11, voir, par exemple, la loi du Royaume-Uni de 1978 sur l'immunité des Etats, State Immunity Act, 1978 (The Public General Acts 1978, première partie, chap. 33, p. 715, reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles . . . . p. 41 et suiv.) qui dispose à l'article 4, par. 2, al. b), que la non-immunité prévue au paragraphe 1 dudit article ne s'applique pas si :

> "b) Au moment où le contrat de travail a été conclu, le particulier n'était ni un ressortissant du Royaume-Uni ni un résident habituel de ce pays; [...]"

L'article 6, par. 2, al. b), de l'ordonnance pakistanaise de 1981 relative à l'immunité des Etats, State Immunity Ordinance, 1981 (The Gazette of Pakistan, Islamabad, 11 mars 1981, reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immun és juridictionnelles..., p. 20 et suiv.), l'article 6, par. 2, al. b), de la loi de Singapour de 1979 relative à l'immunité des Etats, State Immunity Act, 1979 (1979 Supplement to the Statutes of the Republic of Singapore, reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 28 et suiv.), l'article 5, par. 1, al. b), de la loi de l'Afrique du Sud de 1981 sur les immunités des Etats étrangers, Foreign States Immunities Act, 1981, (reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 34 et suiv.), l'article 12, par. 3, de la loi australienne de 1985 sur les immunités des Etats étrangers (Foreign States Immunities Act) et l'article 5, par. 2, al. b), de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (Conseil de l'Europe, Convention européenne sur l'immunité des Etats et protocole additionnel, Série des traités européens, No 74, Strasbourg, 1972) sont rédigés en des termes analogues.

La loi britannique de 1978 (art. 4, par. 2, al. a)), l'ordonnance pakistanaise de 1981 (art. 6, par. 2, al. a)), la loi singapourienne de 1979 (art. 6, par. 2, al. a)), la loi sud-africaine de 1981 (art. 5, par. 1, al. c)) et la Convention européenne de 1972 (art. 5, par. 2, al. a)) accordent l'immunité à l'Etat employeur si l'employé est ressortissant de cet Etat au moment de l'introduction de l'instance.

Article 12

Dommages aux personnes ou aux biens

A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'Etat, si cet acte ou cette omission se sont produits, er. totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat et si l'auteur de l'acte ou de l'omission ktait présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission.

Commentaire

1) Cet article prévoit une exception à la règle générale de l'immunité des Etats dans le domaine de la responsabilité civile résultant d'un acte ou d'une omission ayant causé un dommage corporel (atteinte à l'intégrité physique d'une personne) ou matériel (dégâts causés à des biens corporels ou perte de ces biens) 162/.

2) Cette exception à la règle de l'immunité n'est applicable qu'aux cas dans lesquels l'Etat intéressé aurait été tenu de réparer en vertu de la lex loci delicti commissi. En règle générale, l'Etat jouit de l'immunité de juridiction à l'égard des tribunaux d'un autre Etat, mais dans ce cas, exceptionnellement, l'immunité est levée.

3) L'exception prévue dans cet article a donc pour objet de donner aux particuliers la possibilité de demander réparation ou d'avoir recours à la justice en cas de dommages corporels ou de décès, ou de dommages matériels ou de perte d'un bien, causés par un acte ou une omission, intentionnels, accidentels ou dus à la négligence, imputables à un Etat étranger. Puisque l'acte ou l'omission dommageables se sont produits sur le territoire de l'Etat du for, la loi applicable est manifestement la lex loci delicti commissi et le tribunal le plus indiqué celui de l'Etat où le délit a été commis. Un tribunal éloigné du lieu du délit pourrait être considéré comme un forum conveniens et la victime serait laissée sans recours si l'Etat était autorisé à invoquer l'immunité juridictionnelle.

162/ Voir également la pratique des Etats citée dans le cinquième rapport du précédent Rapporteur spécial, (Annuaire . . . 1983, vol. II, première partie, A/CN.4/363 et Add.1, par. 76 à 99). Voir en outre l'article 13 du Foreign States Immunities Act australien de 1985.

4) De plus, les dommages corporels ou matériels, qu'ils entraînent le décès de la personne ou la perte totale du bien, ou un préjudice moindre, semblent relever principalement de la catégorie des risques assurables. Les dommages envisagés à l'article 12 concernent essentiellement le décès accidentel ou les dommages corporels ou matériels causés par des accidents de la circulation dus entre autres à des automobiles, des motocycles, des locomotives ou des canots automobiles. En d'autres termes, l'article vise la plupart des accidents causés lors du tranport de biens et de personnes par la voie ferroviaire, routière, aérienne ou sur l'eau. La dérogation à la règle de l'immunité aura essentiellement pour effet d'empêcher qu'une compagnie d'assurances puisse se retrancher derrière l'immunité de l'Etat pour se soustraire à sa responsabilité envers les victimes d'un préjudice et à son obligation de réparer. Par ailleurs, la portée de l'article 12 est assez large pour englober aussi les dommages intentionnels comme les coups et blessures, les dommages intentionnels aux biens, l'incendie criminel, voire l'homicide ou l'assassinat politique 163/.

163/ Voir, par exemple, les possibilités ouvertes dans l'affaire Letelier c. République du Chili (1980), (Etats-Unis d'Amérique, Federal Supplement, 1980, vol. 488, p. 665); voir aussi H. D. Collums, "The Letelier case: Foreign sovereign liability for acte of political assassination", Virginia Journal of International Law, Charlottesville (Va.), vol. 21, 1981, p. 251. Accord entre le Chili et les Etats-Unis pour régler le différend relatif à la réparation demandée à la suite du décès de Letelier et Moffitt. Fait à Santiago, le 11 juin 1990. International Legal Materials, vol. XXX, p. 421 (1991).

Voir aussi Olsen c. Mexico (729 F.2d, p. 641. U.S. Court of Appeals, 9th Circ., 30 mars 1984. Tel que modifié le 16 juillet 1984); Frolova c. Union of Soviet Socialist Republics (761 F.2d, p. 370. U.S. Court of Appeals, 7th Circ., ler mai 1985); Gerritsen c. De La Madrid (819 F.2d, p. 1511. U.S. Court of Appeals, 9th Circ., 18 juin 1987); Helen Liu c. The Republic of China (Court of Appeals, 9th Circ., 29 décembre 1989. International Legal Materials, vol. XXIX, p. 192 (1990)). L'article 12 vise même les attaques armées. Toutefois, les actes de ce type, commis en dehors du territoire de l'Etat du for, n'entrent pas dans le champ d'application de cet article. Voir par exemple McKeel c. Islamic Republic of Iran. U.S. Court of Appeals, 9th Circ., 30 décembre 1983. International Law Reports, vol. 81 (1990), p. 543. Perez et al. c. The Bahamas, Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 28 avril 1981. International Law Reports, vol. 63 (1982), p. 601.

(Suite de la note page suivante)

5) L'article 12 ne s'applique pas aux cas dans lesquels il n'y a pas de dommage corporel ou matériel. Ni la diffamation ni l'atteinte à la réputation ne sont une atteinte à la personne au sens physique du terme, pas plus que l'atteinte à des droits contractuels ou à des droits quels qu'ils soient, y compris les droits économiques et sociaux, n'est un dommage causé à un bien corporel.

6) Leux conditions doivent être réunies pour que l'exception s'applique. Premièrement, l'acte ou l'omission cause du décès ou du dommage corporel ou matériel doit avoir eu lieu en tout ou en partie sur le territoire de l'Etat du for pour que le locus delicti commissi se trouve dans ce territoire. Deuxièmement, l'auteur de l'acte ou de l'omission doit aussi avoir été present dans cet Etat au moment de l'acte ou de l'omission pour rendre encore plus étroit le lien territorial avec l'Etat du for.

7) La seconde condition, c'est-à-dire la présence de l'auteur de l'acte ou de l'omission ayant causé le dommage corporel ou matériel sur le territoire de l'Etat du for au moment de l'acte ou de l'omission, a été ajoutée pour qu'il soit bien clair que l'article ne s'applique pas aux dommages corporels ou matériels causés au-delà des frontières, par exemple par des exportations d'explosifs, de pièces d'artifice ou des substances dangereuses qui pourraient exploser ou causer des dommages par suite de négligence, d'inadvertance ou d'accident. Il est clair ainsi que les coups de feu tirés par-delà la frontière, les bombardements d'artillerie débordant la frontière pendant un conflit armé, qui sont des violations incontestables du territoire d'un Etat voisin en droit international public, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 12. L'article vise essentiellement les accidents qui se produisent communément sur le territoire de l'Etat du for et dans le cas desquels il faut encore, dans de nombreux pays, renoncer expressément à

(Suite de la note 163/)

Berkovitz c. Islamic Republic of Iran and Others. U.S. Court of Appeals, 9th Circ. ler mai 1984. International Law Reports, vol. 81 (1990), p. 552; Argentina Republiç c. Amerada Hess Shipping Corp. (488 U.S. 428. U.S. Supreme Court, 23 janvier 1989. The American Journal of International Law, vol. 83 (1989) p. 565).

l'immunité des Etats pour que des actions en réparation puissent être engagées, même si c'est en fin de compte une compagnie d'assurances qui est tenue de réparer 164/.

8) C'est sur la territorialité que sont fondés la présomption de juridiction et l'exercice de la juridiction dans les cas visés par cette exception. Le locus delicti commissi offre un lien territorial solide quelle qu'ait été la motivation de l'acte ou de l'omission, qu'il ait été intentionnel ou même criminel ou qu'il ait été accidentel ou dû à la négligence, à l'inadvertance ou à l'imprudence, et que les activités en cause relèvent des acta jure imperii ou des acta jure gestionis. Cette distinction prévaut encore dans la jurisprudence de quelques Etats 165/ en matière d'accidents de la circulation impliquant des civils ou des militaires dans l'exercice de leurs fonctions officielles. L'immunité a été reconnue pour des actes jure imperii et ne l'a pas été pour les actes jure gestionis. Il n'est pas établi de distinction de

---

164/ Cette exception est particulièrement nécessaire dans les pays où une action ne peut être intentée directement contre une compagnie d'assurances. Dans d'autres pays, la législation prévoit l'assurance obligatoire pour les représentants d'Etats étrangers; c'est le cas par exemple de la loi des Etats-Unis, United States Foreign Missions Amendments Act of 1983, (public law 98-164 du 22 novembre 1983, titre VI, art. 603 (United States Statutes at Large, 1983, vol. 97, p. 1042)), portant modification du United States Code, titre 22, art. 204.

165/ Voir, par exemple, les arrêts rendus en Belgique dans l'affaire S. A. "Eau, gaz, électricité et applications" c. Office d'aide mutuelle (1956) (Pasicrisie belge, Bruxelles, 1957, deuxième partie, p. 38; International Law Reports, 1956, Londres, 1960, vol. 23, p. 205); en République fédérale d'Allemagne, dans l'affaire Immunity of United Kingdom from jurisdiction (Germany) (1957) (International Law Reports, 1957, Londres, 1961, vol. 24, p. 207); en Egypte, dans l'affaire Dame Safia Guebali c. Colonel Mei (1943) (Bulletin de législation et de jurisprudence égyptiennes, Alexandrie, 55ème année, 1942-1943, p. 120; Annual Digest . . . 1943-1945, Londres, 1949, vol. 12, p. 164, affaire No 44); en Autriche, dans l'affaire Holubek c. Gouvernement des Etats-Unis (1961) (Juristische Blätter, Vienne, vol. 84, 1902, p. 43; International Law Reports, 1970, vol. 40, p. 73); au Canada, dans l'affaire Carrato c. United States of America (1982) (141 D.L.R. (3d), p. 456. Ontario High Court, Canadian Yearbook of International Law, vol. XXII, p. 403 (1984); et aux Etats-Unis dans l'affaire Tel-Qren c. Libyan Arab Republic, United States Brief Submitted to Supreme Court in Response to Court's Invitation in Reviewing Petition for a Writ of Certiorari (International Legal Materials, vol. 24, p. 427 (1985)).

cette nature à l'article 12, la réserve formulée au début de l'article permettant toutefois d'appliquer, en fait, des règles différentes si la question est expressément réglementée par des traités, des accords bilatéraux ou des arrangements régionaux précisant ou limitant l'étendue des responsabilités ou le quantum de l'indemnisation ou prévoyant une procédure différente pour le règlement des différends 166/.

9) En d'autres termes, l'article 12 a pour objet de permettre le déroulement normal de la procédure et de permettre à la victime d'un dommage corporel ou à ses ayants droit, ou à la victime d'un préjudice matériel, d'obtenir réparation, dès lors que l'instance est recevable. Le motif de l'instance est le dommage corporel ou matériel qui survient ou est infligé dans l'Etat du for, alors que l'auteur de l'acte ou de l'omission dommageable y était physiquement présent, et dont un Etat étranger est responsable au regard de la loi de l'Etat du for, qui est aussi la lex loci delicti commissi.

10) La Commission a ajouté, en seconde lecture, le mot "pécuniaire" après le mot "réparation" pour bien préciser que la "réparation" dont il s'agissait ici n'englobe en aucune façon les formes de réparation non pécuniaires. Par "auteur de l'acte", il faut entendre les agents ou les représentants d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles et non pas nécessairement l'Etat lui-même en tant que personne morale. L'expression "attribuable à l'Etat" vise également à établir une distinction parmi les actes commis par ces personnes, entre ceux qui ne sont pas attribuables à l'Etat et ceux qui le sont. Toutefois, la référence à un acte ou à une omission attribuable à l'Etat n'affecte en rien les règles relatives à la responsabilité des Etats. Il convient de souligner que le présent article n'aborde pas la question de la responsabilité des Etats et traite strictement de la non-applicabilité de L'immunité de juridiction d'un Etat devant un tribunal d'un autre Etat en cas de dommage dû à un acte ou à une omission des agents ou des employés de l'Etat qui est "prétendument" attribuable à cet Etat; la question de l'imputation de l'acte à l'Etat ou de la détermination de la responsabilité de l'Etat concerné n'entre manifestement pas dans le champ d'application du présent article.

166/ Les divers accords régissant le statut des forces armées et les conventions internationales relatives à l'aviation civile DU au transport des marchandises par mer en sont des exemples.

Cet article s'entend sans préjudice de la question des immunités diplomatiques, comme il est prévu à l'article 3, et ne s'applique pas non plus à des situations liées à des conflits armés.

11. Certains membres ont exprimé des réserves au sujet de la portée très large de l'article et des conséquences qu'il pourrait avoir pour la responsabilité des Etats. A leur avis, la protection des victimes, lorsqu'il s'agit de particuliers, serait assurée de façon efficace par des négociations diplomatiques ou par le biais des assurances.

Article 13

Propriété, possession et usage de biens

A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à la détermination :

a) D'un droit ou intérêt de l'Etat sur un bien immobilier situé sur le territoire de l'Etat du for, de la possession du bien immobilier par l'Etat ou de l'usage qu'il en fait, ou d'une obligation de l'Etat qui lui incombe soit en qualité de titulaire d'un droit sur le bien immobilier soit en raison de la possession ou de l'usage de ce bien;

b) D'un droit ou intérêt de l'Etat sur un bien mobilier ou immobilier né d'une succession, d'une donation ou d'une vacance; ou

c) D'un droit ou intérêt de l'Etat dans l'administration de biens tels que biens en trust, biens faisant partie du patrimoine d'un failli ou biens d'une société en cas de dissolution.

Commentaire

1) L'article 13 traite d'une exception importante à la règle de l'immunité de juridiction de l'Etat à l'égard des tribunaux d'un autre Etat, considérée comme distincte de l'immunité des Etats en ce qui concerne la saisie et la saisie-exécution de leurs biens. Il y a lieu de rappeler qu'aux termes du paragraphe 2, alinéa b), de l'article 6 167/, l'immunité des Etats peut être invoquée même si la procédure n'est pas intentée directement contre un Etat étranger et vise uniquement à priver cet Etat de ses biens ou de l'usage de biens qui sont en sa possession ou sous son contrôle. L'article 13 énonce donc une exception à la règle de l'immunité des Etats. Les dispositions de

167/ Voir l'article 6 et le commentaire y relatif.

l'article 13 n'affectent cependant pas les privilèges et immunités dont un Etat jouit en droit international s'agissant des biens de missions diplomatiques et d'autres bureaux de la représentation d'un gouvernement, comme prévu à l'article 3.

2) Cette exception, qui ne s'est heurtée à aucune opposition sérieuse dans la pratique judiciaire ou gouvernementale des Etats 168/, est formulée en des termes qui doivent être compatibles avec les opinions diverses des gouvernements et les théories divergentes sur le fondement de l'exercice de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat sur le territoire duquel le bien, et en particulier le bien immobilier, est sis le plus souvent. La plupart des auteurs considèrent que l'article 13 est une exception claire et bien établie, alors que d'autres estiment toujours qu'il ne s'agit pas d'une véritable exception puisque l'Etat a la latitude de participer à la procédure pour faire valoir son droit ou son intérêt sur le bien qui fait l'objet de la décision judiciaire ou du litige.

168/ Voir le cinquième rapport de l'ancien Rapporteur spécial (Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), p. 27, document A/CN.4/363 et Add.1, par. 116 à 140). Pour les décisions judiciaires, il y a lieu de se reporter à la décision rendue par un tribunal de Tokyo dans l'affaire Limbin Hteik Tin Lat c. Union of Burma (1954) et à l'opinion de ce tribunal (ibid., par. 117), ainsi qu'à l'opinion de lord Denning, Master of the Rolls, dans l'affaire Thai-Eurooe Tapioca Service Ltd c. Government of Pakistan, Ministry of Food and Agriculture, Directorate of Agricultural Supplies (1975) (ibid par. 118). Pour la doctrine anglaise du trust, voir les affaires citées aux' paragraphes 120 à 122 du cinquième rapport; la jurisprudence d'autres pays a elle aussi reconnu cette exception, en particulier la jurisprudence italienne (ibid., par. 122). Voir cependant l'arrêt rendu par une juridiction brésilienne dans l'affaire République de Syrie c. République arabe d'Egypte (Cour suprême, non daté) dont il est question supra dans la note 117.

Pour les textes législatifs pertinents, il y a lieu de se reporter à l'article 56 du décret-loi hongrois No 13 de 1979 (ibid., par. 125), à l'article 29 de l'ordonnance malgache No 62-041 du 19 septembre 1962 (ibid., par. 126), à l'article 14 de la loi australienne de 1985 sur les immunités des Etats étrangers et aux réponses au questionnaire du Secrétariat (ibid., par. 127 et 128). Voir aussi pour d'autres dispositions législatives nationales, conventions internationales et la doctrine internationale, ibid, par. 130 à 139. Voir en outre les commentaires et observations des gouvernements analysés dans le rapport préliminaire de l'actuel Rapporteur spécial (A/CN.4/415 et Corr.1 et 2, par. 1, 2 et 7 à 9).

3) L'article 13 énumère les divers types de procédure judiciaire concernant directement ou indirectement la détermination d'un droit ou intérêt d'un Etat sur un bien immobilier, de la possession du bien immobilier par l'Etat ou de l'usage qu'il en fait, ou d'une obligation de l'Etat qui lui incombe soit en qualité de titulaire de ce droit soit en raison de cette possession ou de cet usage. Il ne vise pas à conférer juridiction à un tribunal lorsque cette juridiction n'existe pas. D'où l'emploi de l'expression "compétent en l'espèce", qui indique qu'il doit exister un tribunal qui aurait compétence en tout état de cause, même si aucune question d'immunité des Etats ne se posait. La compétence en l'espèce s'entend au regard des règles applicables de droit international privé,

4) L'alinéa a) traite des biens immobiliers, en précisant qu'il s'agit des biens situés "sur le territoire de l'Etat du for". Cet alinéa, dans son ensemble, n'est pas controversé, étant donné l'applicabilité généralement reconnue de la lex situs et la compétence exclusive du forum rei sitae. Cela dit, la formule "droit ou intérêt" pose des problèmes de sémantique, Le droit des biens, et en particulier des biens fonciers ou immobiliers, est riche en particularités et en nuances à l'intérieur même des systèmes juridiques nationaux. La formule est donc utilisée pour englober la totalité des droits ou intérêts d'un Etat dans quelque système juridique que ce soit. La Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats emploie, dans la version française à l'article 9, le mot "droit" dans son acception la plus large, sans ajouter le mot "intérêt". A cet égard, il y a liau de noter aussi que la "possession" n'est pas toujours considérée comme un "droit", sauf lorsqu'il s'agit de prescription acquisitive ou d'une possessio longi temporis, nec vi nec clam nec precario, de nature à créer un "droit" ou un "intérêt", selon la terminologie juridique utilisée dans un système juridique donné. L'expression équivalente retenue en espagnol est derecho o interés.

5) L'alinéa b) concerne les droits ou intérêts de l'Etat sur un bien mobilier ou immobilier nés d'une succession, d'une donation ou d'une vacance. Il est évident que si la procédure judiciaire porte non seulement sur un bien mohilier mais aussi sur un bien immobilier situé dans les limites de la juridiction territoriale de l'Etat du for, il se pourra qu'une procédure distincte doive être engagée pour faire déterminer lesdits droits ou intérêts par le tribunal dudit Etat, c'est-à-dire le forum rei sitae.

6) L'alinéa c) ne concerne pas nécessairement, de façon directe ou indirecte, la détermination du droit ou de l'intérêt de l'Etat sur un bien, mais vise à tenir compte de la situation qui se présente dans de nombreux pays, en particulier les pays de common law, où les tribunaux exercent une juridiction de contrôle ou d'autres fonctions touchant l'administration d'un trust ou autre bien en fidéicommis, du patrimoine d'une personne décédée ou aliénée ou d'un failli, ou encore des biens d'une société en cas de dissolution. Cette juridiction de contrôle s'exerce à titre purement incident, ?.a procédure judiciaire pouvant à certains égards mettre en jeu la détermination de droits ou intérêts de toutes les parties intéressées, y compris, le cas échéant, ceux d'un Etat étranger. Compte tenu des commentaires et des observations des gouvernements et des membres de la Commission, l'actuel alinéa c) regroupe les alinéas c), d) et e) du paragraphe 1 initial adopté en première lecture.

7) L'ancien paragraphe 2 169/, qui figurait dans le texte adopté en première lecture contre l'avis de certains membres, a été supprimé : la définition du terme "Etat" étant désormais développée à l'alinéa 1 b) de l'article 2, le risque de voir s'engager une procédure dans laquelle les biens, droits, intérêts ou activités d'un Etat pourraient avoir à souffrir, sans que cet Etat soit désigné comme partie, se trouve très réduit. Même si pareil cas se produisait, l'Etat pourrait éviter que ses biens, droits, intérêts ou activités n'en souffrent, en fournissant un commencement de preuve de son titre ou en rapportant la preuve qu'il a pris possession des biens en conformité de la législation nationale.

Article 14

Prooriété intellectuelle et industrie&

A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à :

a) La détermination d'un droit de l'Etat sur un brevet, un dessin ou modèle industriel, un nom commercial ou une raison sociale, une marque de fabrique ou de commerce ou un droit d'auteur ou toute autre forme de propriété intellectuelle ou industrielle, qui bénéficie d'une mesure de protection juridique, même provisoire, dans l'Etat du for; ou

---

169/ Annuaire ... 1986, vol. II (deuxième partie), p. 10 et 11.

b) Une allégation de non-respect par l'Etat, sur le territoire de l'Etat du for, d'un droit du type visé à l'alinéa a) appartenant à un tiers et protégé par l'Etat du for.

Commentaire

1) L'exception à la règle de l'immunité des Etats, dont traite l'article 14, est de plus en plus importante dans la pratique. L'article concerne un secteur spécialisé du droit interne : celui de la propriété intellectuelle ou industrielle. Il touche à de vastes domaines intéressant l'Etat du for où les droits en question sont protégés. Dans certains secteurs déterminés de la propriété industrielle ou intellectuelle, les mesures de protection prescrites par le droit interne de l'Etat du for sont encore renforcées et étayées par des obligations internationales contractées par les Etats sous forme de conventions internationales 170/.

2) L'exception prévue à l'article 14 semble se situer entre l'exception énoncée à l'article 10 concernant les "transactions commerciales" et celle énoncée à l'article 13 concernant les "propriété, possession et usage de biens". La protection assurée par le système interne d'enregistrement en vigueur dans différents Etats vise entre autres choses à encourager l'esprit d'invention et la créativité, tout en assurant et en réglementant une concurrence loyale dans le commerce international. La contrefaçon d'un brevet d'invention ou d'un dessin ou modèle industriel, la contrefaçon littéraire ou artistique, ne sont peut-être pas toujours motivées par l'appât du gain commercial ou financier, mais elles portent invariablement préjudice aux intérêts commerciaux des fabricants ou producteurs, au demeurant protégés pour ce qui est de la production et de la distribution des biens considérés. Les objets de "propriété intellectuelle ou industrielle", considérés dans leur ensemble, constituent une catégorie très spéciale de droits de propriété, qui sont incorporels mais sont susceptibles de propriété, de possession ou d'utilisation dans les divers systèmes juridiques.

170/ Voir, par exemple, la Convention universelle sur le droit d'auteur révisée à Paris le 24 juillet 1971 (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 943, p. 179). Il existe aussi une institution spécialisée des Nations Unies, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), qui s'occupe de ce domaine.

3) Les termes utilisés dans l'intitulé de l'article 14 sont des termes génériques destinés à couvrir tous les types, formes, classes ou catégories de propriété intellectuelle ou industrielle, présents ou à venir. Les trois grands types de biens envisagés dans l'article sont les brevets d'invention et les dessins ou modèles industriels, qui relèvent de la propriété industrielle; les marques de fabrique et noms commerciaux, qui relèvent davantage du monde des affaires ou du commerce international et mettent en jeu des questions de pratiques commerciales restrictives et de concurrence déloyale; enfin, le droit d'auteur ou toute autre forme de propriété intellectuelle. Les termes génériques utilisés dans cet article visent donc à englober toute la gamme des formes de propriété intellectuelle ou industrielle qui entrent dans la catégorie des droits de propriété intellectuelle ou industrielle, y compris, par exemple, ceux d'un sélectionneur d'espèces végétales ou les droits sur des oeuvres produites sur ordinateur. Certains droits sont encore en cours de formation, par exemple en informatique, et dans les autres secteurs des technologies de pointe et de l'électronique où il existe une protection juridique. Il n'est pas toujours facile de dire si ces droits sont industriels ou intellectuels. C'est ainsi qu'en informatique, le matériel est plutôt industriel, alors que le logiciel est plus nettement intellectuel et que le micrologiciel est peut-être à mi-chemin de l'un et de l'autre. Les arts littéraires et culinaires, qui sont protégés par le droit d'auteur, pourraient encore faire l'objet d'un groupe distinct. Les droits des auteurs de partitions musicales et des paroliers et les arts du spectacle en général sont eux aussi protégés sous cette rubrique.

4) Les droits de propriété industrielle ou intellectuelle visés à l'article 14 sont protégés par les Etats, sur le plan national mais aussi sur le plan international. La protection assurée par les Etats dans le cadre de leur juridiction territoriale varie selon le type de propriété industrielle ou intellectuelle et selon le régime spécial ou le système prévu pour la reconnaissance, l'enregistrement ou l'utilisation des droits dont la protection est garantie par le droit interne.

5) Le fait qu'un Etat se soumet volontairement au système juridique de l'Etat du for, par exemple en déposant une demande de brevet ou en prenant un brevet, ainsi que la protection juridique offerte par l'Etat du for offrent une base juridique solide pour l'exercice de la juridiction. La protection

résulte en général de l'enregistrement ou parfois même du dépôt d'une demande d'enregistrement. Parfois, une certaine protection est concevable avant même que la demande d'enregistrement ait été agréée. La protection dépend donc de l'existence d'une législation nationale et de son étendue, mais exige aussi un système d'enregistrement. Il faut par conséquent qu'il y ait, outre une législation interne appropriée, un système efficace d'enregistrement qui fonde la juridiction en droit, La pratique des Etats semble justifier l'inclusion de cet article 171/.

6) L'alinéa a) de l'article 14 traite plus précisément de la détermination des droits de l'Etat sur tout objet de propriété intellectuelle ou industrielle juridiquement protégé. Par "détermination", il faut entendre ici non seulement la vérification de l'existence des droits protégés, mais aussi une évaluation de la substance de ces Jroits, c'est-à-dire de leur contenu, de leur champ d'application et de leur étendue.

171/ Les lois internes adoptées depuis 1970 vont dans ce sens; voir art. 7 de la loi du Royaume-Uni de 1978 sur l'immunité des Etat6 (v. supra note 161); art. 9 de la loi de Singapour de 1979 sur l'immunité des Etats (ibid.); art. 8 de l'ordonnance du Pakistan de 1981 sur l'immunité des Etats (ibid.); art. 8 de la loi de l'Afrique du Sud de 1981 sur les immunités des Etat6 étranger6 (ibid.); art. 15 de la loi australienne de 1985 sur les immunités des Etat6 étrangers, Foreign States Immunities Act of 1985 (ibid.). La loi des Etats-Unis d'Amérique de 1976 sur les immunités des Etats étrangers, Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (United States Code, 1976 Edition, vol. 8, titre 28, chap. 97, p. 206; reproduit dan6 Nation6 Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 55 et suiv.) ne comporte pas de dispositions expresses à cet effet. On pourrait même dire que la question du droit d'auteur et autres droits analogues a été éclipsée, sinon couverte pour l'essentiel par l'article 1605, par. a), al. 2, de cette loi. La Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (v. supra note 41), en son article 8, va dans le même sens. On peut citer à l'appui de cette argumentation la décision importante rendue par la Cour suprême d'Autriche dans l'affaire Dralle c. République de Tchécoslovaquie (1950) (Osterreichische Juristen Zeitung, Vienne, vol. 5, 1950, p. 341, No 356; International Law Reports, 1950, Londres, 1956, vol. 17, p. 155, affaire No 41; Journal du droit international (Clunet), Paris, 77ème année, 1950, p. 749; reproduit (en anglais) dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles ..., p. 183 et suiv.).

7) De plus, la procédure judiciaire envisagée à l'article 14 ne se limite pas aux actions intentées contre un Etat ou intéressant un droit appartenant à cet Etat; elle peut aussi concerner les droits d'un tiers et, par ce biais uniquement, la question des droits de l'Etat sur des objets de propriété intellectuelle ou industrielle analogues. La détermination des droits de l'Etat pourra être alors une question incidente, sinon absolument nécessaire, à l'établissement des droits d'un tiers, qui constitue l'objet essentiel de la procédure.

8) L'alinéa b) de l'article 14 traite des allégations de non-respect par un Etat, sur le territoire de l'Etat du for, d'un droit de cette nature appartenant à un tiers et protégé dans l'Etat du for. Ce non-respect ne sera pas nécessairement le résultat d'activités commerciales menées par l'Etat au sens de l'article 10 du projet d'articles; il pourra s'agir d'activités non commerciales. Deux conditions doivent être réunies pour que cet alinéa soit applicable. Premièrement, il faut que le fait reproché à l'Etat, le non-respect d'un droit d'auteur, etc., se manifeste sur le territoire de l'Etat du for. Deuxièmement, il faut que ce droit d'auteur, etc., appartenant à un tiers bénéficie d'une protection juridique dans l'Etat du for. Il y a donc une limite au champ d'application de l'article. Le non-respect d'un droit d'auteur par un Etat sur son propre territoire, et non sur le territoire de l'Etat du for, ne suffit pas à fonder la juridiction de l'Etat du for au sens de l'article.

9) L'article 14 énonce une règle supplétive et s'entend sans préjudice du droit pour les Etats de formuler leurs propres lois et politiques internes touchant la protection de la propriété intellectuelle ou industrielle conformément aux conventions internationales auxquelles ils sont parties et de les appliquer sur le plan interne au mieux de leurs intérêts nationaux. Il s'entend de même sans préjudice de l'effet extraterritorial de la nationalisation par un Etat d'objets de propriété intellectuelle ou industrielle sis sur son territoire. Il ne préjuge pas la question de l'étendue précise des effets extraterritoriaux de mesures d'acquisition forcée, d'expropriation et autres mesures de nationalisation auxquelles l'Etat soumettrait ces droits sur son propre territoire et conformément à sa législation interne.

10) Il y a lieu de faire observer que l'application de l'exception apportée par l'alinéa b) de cet article à l'immunité des Etats est limitée aux infractions survenant sur le territoire de l'Etat du for. TOUE les Etats sont libres de poursuivre leur propre politique sur leur propre territoire. Si les droits en question sont enfreints sur le territoire d'un autre Etat, par exemple en cas de reproduction ou de distribution non autorisée de publications protégées par un droit d'auteur, les tribunaux compétents de l'Etat où les mesures de protection ont été adoptées ne manqueront pas d'exercer leur juridiction. L'Etat du for est de *même* libre de tolérer ou de permettre de telles infractions, ou de refuser tout recours, en 1 'absence d'un système organisé au niveau international de protection des droits violés ou enfreints sur son propre territoire.

Article 15

Participation à des sociétés ou autres groupements

1. Un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à sa participation dans une société ou un groupement ayant ou non la personnalité juridique et concernant les rapports entre l'Etat et la société ou le groupement ou les autres associés, dès lors que la société ou le groupement :

a) Comprennent des parties autres que des Etats ou des organisations internationales; et

b) Sont constitués selon la loi de l'Etat du for ou ont leur siège ou leur principal établissement dans cet Etat.

2. Un Etat peut toutefois invoquer l'immunité de juridiction dans une telle procédure si les Etats intéressés en sont ainsi convenus ou si les parties au différend en ont ainsi disposé par accord écrit ou si l'instrument établissant ou régissant la société ou le groupement en question contient des dispositions à cet effet,

Commentaire

1) L'article 15 énonce une exception à la règle de l'immunité juridictionnelle d'un Etat dans une procédure devant les tribunaux d'un autre Etat relative à sa participation dans une société ou un groupement qui Ont été constitués dans l'Etat du for ou y ont leur siège ou leur principal établissement. La société ou le groupement auquel participe l'Etat peuvent être dotés de la personnalité juridique ou ne pas en être dotés et avoir une capacité juridique limitée.

2) L'expression "une société ou un groupement ayant ou non la personnalité juridique" a été choisie délibérément pour couvrir des entités juridiques de toute sorte ainsi que des entités non dotées de la personnalité juridique. Cette formule est destinée à différents types ou catégories d'entités, de collectivités ou de groupements appelés de noms différents, telles que sociétés, associations et autres groupements d'intérêts qui peuvent exister dans les divers systèmes juridiques et dont le statut et la capacité juridique varient d'un système à l'autre.

3) Le groupement auquel l'Etat peut ainsi participer avec des associés privés ou appartenant au secteur privé peut être à but lucratif, comme une entreprise industrielle ou commerciale ou toute autre entité ou société commerciale de ce genre. L'Etat peut aussi participer à un groupement à but non lucratif, comme une société savante, une institution cultuelle, une congrégation religieuse, un établissement ou une fondation de bienfaisance ou toute autre organisation philantropique de ce genre.

4) L'article 15 porte donc sur les rapports juridiques dans le cadre du groupement - ce que l'on appelle en français les "rapports sociétaires" - c'est-B-dire les droits et obligations de l'Etat, en tant que partie au groupement, à l'égard du groupement, d'une part, et des autres parties, d'autre part.

Paragraphe 1

5) Deux importantes conditions doivent être réunies pour que la règle de non-immunité énoncée au paragraphe 1 soit applicable. Premièrement, le groupement doit comprendre des parties autres que des Etats ou des organisations internationales*, autrement dit, il faut que ce soit un groupement auquel participe le secteur privé. Par conséquent, les organisations internationales et autres groupements qui sont composés exclusivement d'Etats et d'organisations internationales, ou d'Etats ou d'organisations internationales, sans participation du secteur privé, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 15.

6) Deuxièmement, le groupement en question doit être constitué selon la loi de l'Etat du for ou avoir son siège ou son principal établissement dans l'Etat du for. Le siège est normalement le lieu d'où l'entité est dirigée et le principal établissement, celui où elle effectue la majeure partie de ses opérations. La référence au siège de la direction qui figurait dans le texte anglais de l'alinéa 1 b) provisoirement adopté en première lecture a été

supprimée, car on a estimé que la question de savoir comment un Etat contrôle une société était très controversée. Cette référence est remplacée par un autre critère, plus facile à utiliser, celui du "siège" de la société, qui est aussi retenu à l'article 6 de la Convention européenne sur l'immunité des Etats.

7) Lorsqu'un Etat devient partie à un groupement, par exemple en acquérant ou en détenant des parts dans une société ou en devenant membre d'une personne morale organisée et administrée dans un autre Etat, il entre volontairement dans le système juridique de cet autre Etat et dans un rapport de droit qui est considéré comme contraignant dans ce système. Ce faisant, il s'oblige lui-même à se soumettre aux règles applicables et au droit interne de l'Etat où le groupement est constitué, ou a son siège social ou son principal établissement, et est tenu de les respecter. L'Etat a aussi des droits et des obligations en vertu des statuts, de l'acte d'association ou autre instrument similaire constituant les sociétés en participation. Les rapports entre les associés eux-mêmes ou entre les associés et la société, sous quelque forme qu'elle se présente, pour ce qui est des questions relatives à la formation, à l'administration, à la direction, au fonctionnement ou à la dissolution de l'entité en question, ou encore à la répartition de ses avoirs, sont régis par la loi de l'Etat où la société est constituée ou a son siège social ou son principal établissement. Les tribunaux de cet Etat sont les plus qualifés pour appliquer cette branche spécialisée de son propre droit.

8) Il ressort de plus en plus clairement de la pratique des Etats 172/ que les affaires qui opposent l'Etat, en tant que membre d'un groupement, à

172/ Des lois nationales récentes sur les immunités de juridiction des Etats peuvent être citées à l'appui de cette exception. Voir,-par exemple, article 8 de la loi britannique de 1978 (The Public General Acts, 1978, première partie, chap. 33, p. 715; reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles . . ., p. 41 et suiv.); article 10 de la loi singapourienne de 1979 (ibid.); article 9 de l'ordonnance pakistanaise de 1981 (ibid.); art. 9 de la loi sud-africaine de 1981 (ibid.); et article 16 de la loi australienne de 1985 sur les immunités des Etats étrangers.

Cette exception semble avoir été englobée dans l'exception plus large des activités commerciales menées dans l'Etat du for, prévue dans la loi des Etats-Unis d'Amérique de 1976 (United States Code, 1976 Edition, vol. 8, titre 28, chap. 97, p. 206; reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles . . .), p. 55 et suiv.), art. 1605, par. a), al. 2, dans la Convention européenne de 1972 (voir supra note 41), et dans le projet de convention interaméricaine sur l'immunité juridictionnelle des Etats (OEA/Ser.G - CP/doc. 1352/83, du 30 mars 1983).

ce groupement lui-même ou à d'autres membres sont de celles auxquelles s'applique cette exception à la règle de l'immunité des Etats. Vouloir maintenir cette règle dans les affaires de ce genre aboutirait inévitablement à un vide juridictionnel. Il faut que l'un des trois liens territoriaux concrets avec l'Etat du for existe pour que les tribunaux de cet Etat soient réputés compétents et exercent leur juridiction. Ces liens sont : le lieu où la société est constituée, qui détermine le régime applicable à cette constitution, le siège social et le principal établissement.

Paragraphe 2

9) L'exception relative à la participation d'un Etat à des sociétés ou autres groupements, prévue au paragraphe 1, s'entend sous réserve d'accord contraire entre les Etats intéressés, c'est-à-dire, d'une part, l'Etat du for, qui est aussi dans ce cas l'Etat où la société est constituée ou a son siège ou son principal établissement, et d'autre part, l'Etat contre lequel une procédure est engagée. Cette réserve particulière avait à l'origine été placée au paragraphe 1, mais elle a été transférée au paragraphe 2 en deuxième lecture, pour faire ressortir clairement la règle générale au paragraphe 1 et réunir toutes les clauses de réserve au paragraphe 2. Le paragraphe 2 laisse aussi les parties au différend libres de convenir de dispositions dérogeant à l'exception à la règle de l'immunité des Etats énoncée au paragraphe 1. De plus, les parties aux rapports sociétaires peuvent convenir que l'Etat, en tant que membre ou participant, continue de jouir de l'immunité ou qu'ils choisiront ou désigneront les tribunaux compétents ou les procédures voulues pour régler les différends qui pourraient les opposer entre eux ou à l'entité proprement dite. En particulier, l'acte établissant ou réglementant cette entité lui-même peut contenir des dispositions contraires à la règle selon laquelle l'Etat, en tant que membre, associé ou participant, n'est pas exempt de la juridiction des tribunaux ainsi choisis ou désignés. En souscrivant aux dispositions de l'instrument, l'Etat exprime son consentement à respecter les règles qu'elles énoncent, y compris le choix de la loi ou de la juridiction. Par "instrument établissant ou régissant la société ou le groupement en question", on entend seulement les deux actes fondamentaux d'une société, et non un autre type de règlement, quel qu'il soit.

Article 16

Navires dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant

1. A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat propriétaire ou exploitant d'un navire ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à l'exploitation de ce navire si, au moment du fait qui a donné lieu à l'action, le navire était utilisé autrement qu'à des fins de service public non commerciales.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique ni aux navires de guerre et navires auxiliaires, ni aux autres navires dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant et qui sont utilisés exclusivement pour un service public non commercial.

3. Aux fins du présent article, l'expression "procédure se rapportant à l'exploitation de ce navire" s'entend notamment de toute procédure comportant le règlement d'un? demande du chef :

a) D'abordage ou d'autres accidents de navigation;

b) D'assistance, de sauvetage et d'avaries communes;

c) De réparation, fournitures ou autres contrats relatifs au navire;

d) De conséquences de la pollution du milieu marin.

4. A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant au transport d'une cargaison à bord d'un navire dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant si, au moment du fait qui a donné lieu à l'action, le navire était utilisé autrement qu'à des fins de service public non commerciales.

5. Le paragraphe 4 ne s'applique ni à une cargaison transportée à bord des navires visés au paragraphe 2 ni à une cargaison dont un Etat est propriétaire et qui est utilisée ou destinée à être utilisée exclusivement à des fins de service public non commerciales.

6. Les Etats peuvent invoquer tous les moyens de défense, de prescription et de limitation de responsabilité dont peuvent se prévaloir les navires et cargaisons privés et leurs propriétaires.

7. Si dans une procédure, la question du caractère gouvernemental et non commercial d'un navire dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant ou d'une cargaison dont un Etat est propriétaire se trouve posée, la production devant le tribunal d'une attestation signée par un représentant diplomatique ou autre autorité compétente de cet Etat vaudra preuve du caractère de ce navire ou de cette cargaison.

Commentaire

1) Le projet d'article 16 a trait à une très importante question de droit maritime, qui touche à la conduite du commerce extérieur. Il s'intitule "Navires dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant". Dans le contexte, le terme "navire" doit être interprété comme s'appliquant aux bâtiments de mer de tous types, quelle que soit leur classification et même s'ils ne naviguent que partiellement en mer. Cet article est rédigé sous la forme d'une règle supplétive, les Etats étant toujours libres de conclure des accords ou arrangements 173/ qui, sur une base de réciprocité ou autrement, permettent l'application des immunités juridictionnelles à l'égard des navires en service commercial dont des Etats ou des organismes publics ont la propriété ou l'exploitation.

2) Les paragraphes 1 et 3 concernent exclusivement les navires en service commercial, le paragraphe 2 essentiellement les navires de guerre et navires auxiliaires, et les paragraphes 4 et 5 le statut des cargaisons. Le paragraphe 4 énonce la règle de la non-immunité dans toute procédure judiciaire se rapportant au transport d'une cargaison à bord d'un navire dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant et qui est utilisé autrement qu'à des fins de service public non commerciales. Le paragraphe 5 maintient l'immunité de l'Etat pour toute cargaison transportée à bord des navires

---

173/ Voir, par exemple, le Protocole du ler mars 1974 relatif au Traité du 3 avril 1968 entre le Royaume-Uni et l'Union soviétique relatif à la marine marchande (Royaume-Uni, Treaty Series No 104 (1977)). Voir aussi les accords concernant la navigation maritime conclus entre l'Union soviétique et les Etats suivants : France - Accord maritime du 20 avril 1967 (art. 14) (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1007, p. 183); Pays-Bas - Accord du 28 mai 1969 relatif à la navigation commerciale (art. 16) (ibid., vol. 815, p. 159); Bulgarie, Hongrie, Pologne, République démocratique allemande, Roumanie et Tchécoslovaquie - Accord du 3 décembre 1971 sur la coopération en matière de navigation maritime commerciale (art. 13) (ibid., vol. 936, p. 19); Algérie - Accord du 18 avril 1973 sur la navigation maritime (art. 16) (ibid., vol. 990, p. 211); Iraq - Accord du 25 avril 1974 sur la navigation maritime commerciale (art. 15); Portugal - Accord du 20 décembre 1974 sur la navigation maritime (art. 15). Cf. M. M. Boguslavsky, "Foreign State immunity: Soviet doctrine and practice", Netherlands Yearbook of International Law, 1979, Alphen aan den Rijn, vol. X (1979), p. 173 et 174.

visés au paragraphe 2 ainsi que pour toute cargaison appartenant à un Etat et utilisée ou destinée à être utilisée exclusivement à des fins de service public non commerciales.

3) Les difficultés inhérentes à l'énonciation de règles relatives à l'exception visée à l'article 16 sont multiples et ne sont pas uniquement d'ordre linguistique. La formulation en anglais présuppose l'emploi de termes qui peuvent être d'usage courant dans la terminologie de la "common law" mais qui sont inconnus ou n'ont pas d'équivalent dans d'autres systèmes juridiques. Ainsi, les expressions suits in admiralty, libel in rem, maritime lien et proceedings in rem against the ship n'ont guère de sens dans le contexte des systèmes de droit de tradition romaine ou autres systèmes étrangers à la famille de la "common law". Les termes utilisés à l'article 16 visent à une application plus générale.

4) Il existe aussi des difficultés d'ordre théorique concernant les procédures judiciaires in rem dont le navire peut faire l'objet, telles que la signification par apposition du titre exécutoire sur le grand mât du navire ou l'arrêt du navire dans le port ou la saisie et sa mainlevée sous caution. En outre, il existe une procédure spéciale de saisie ad fundandam jurisdictionem. Dans certains pays, il est possible de procéder à une exécution contre un autre navire marchand du même propriétaire que celui du navire en cause, au titre de ce qu'on appelle la sistership jurisdiction et qui est prévue par la Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer (Bruxelles, 1952) 174/. L'article ne doit pas être interprété comme reconnaissant le caractère de règle d'application générale à des procédures comme la saisie ad fundandam jurisdictionem ou la sistership jurisdiction. Il s'ensuit que si une action est intentée contre un navire marchand dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant, un autre navire marchand dont ce même Etat est le propriétaire ou l'exploitant ne saurait faire l'objet d'une procédure in rem.

174/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 439, p. 193.

5) La question des navires d'Etat ou exploités par un Etat qui se livrent à des activités commerciales ordinaires n'est pas nouvelle, comme en témoigne l'exposé très circonstancié d'un auteur 175/ et comme l'a confirmé le fait que certaines puissances maritimes ont jugé nécessaire de réunir une conférence pour adopter à cc sujet la Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat (Bruxelles, 1926) 176/ et son Protocole additionnel (1934) 177/. Le but principal de la Convention de Bruxelles de 1926 était de reclasser les navires, non pas selon leur appartenance, mais selon la nature de leur exploitation ou de leur utilisation, soit en service "gouvernemental et non commercial", soit en service "commercial".

6) Le texte de l'article 16 adopté provisoirement en première lecture maintenait la dichotomie du service effectué par les navires, selon le double critère de l'utilisation "commerciale et non gouvernementale" ou "gouvernementale non commerciale". Les termes "gouvernemental et non commercial" sont employés dans la Convention de Bruxelles de 1926 et les termes "gouvernemental non commercial" dans des conventions de caractère universel, telles que la Convention sur la haute mer (Genève, 1958) 178/ et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (dans le texte français : "à des fins de service public non commerciales") 179/, dans lesquelles les navires sont classés en fonction de leur utilisation, c'est-à-dire de leur utilisation en service gouvernemental et non commercial par opposition à un service commercial.

175/ G. van Slooten, "La Convention de Bruxelles sur le statut juridique des navires d'Etat", Revue de droit international et de législation comparée, Bruxelles, 3ème série, t. VII, 1926, p. 453, et notamment p. 457.

176/ SDN, Recueil des Traités, vol. CLXXVI, p. 199.

177/ Ibid., p. 214.

178/ Nations Unies, Recueil des Traites, vol. 450, p. 11.

179/ Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, vol. XVII (publication des Nations Unies : numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, document A/CONF.62/122.

7) Au moment de l'adoption de l'article en première lecture, certains membres de la Commission avaient exprimé des doutes au sujet de ce double critère, qui pouvait suggérer la possibilité de combinaisons très différentes des deux adjectifs, telles que service "gouvernemental commercial" ou service "commercial et gouvernemental". D'autre8 membres avaient contesté la probabilité d'une telle interprétation et considéré que les adjectifs "commercial" et "non gouvernemental" pouvaient être pris cumulativement. D'autres encore avaient ajouté que les Etats, en particulier les pays en développement, et autres entités publiques pouvaient avoir des activités commerciales et gouvernementales sans se soumettre à la juridiction des tribunaux nationaux. En outre, les achats d'armes étaient souvent conclus à l'échelon des gouvernements, y compris le transport de ces armes par des moyens de transport de tout type, lesquels ne sont normalement soumis à l'exercice de la juridiction d'aucun tribunal national. La diversité des positions a conduit la Commission à maintenir en première lecture les crochets entourant les mots "non gouvernemental" aux paragraphes 1 et 4 du projet d'article.

8) Après en avoir à nouveau débattu, la Commission a adopté en deuxième lecture la formulation actuelle ("autrement qu'à des fins de service public non commerciales") pour les paragraphes 1 et 4, faisant ainsi disparaître le problème du double critère.

9) Les mots "exploiter" (operate) et "exploitation" (operation), au paragraphe 1, doivent s'entendre compte tenu de la Convention de Bruxelles de 1926 et de la pratique actuelle des Etats. Les deux termes se réfèrent à l'exploitation des navires aux fins du transport par mer de marchandises et de passagers. Le transport de marchandises par mer est une importante question de droit commercial international. La CNUDCI en a entrepris l'étude, et une convention type ou une loi type de droit maritime ou de droit du transport des marchandises par mer 180/ a été proposée comme modèle aux pays en développement qui envisagent d'adopter une législation nationale en ce domaine. La question couvre un vaste champ d'activités maritimes,

180/ Voir la Convention des Nations Unies de 1978 sur le transport de marchandises par mer (Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. IX, 1978 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.80.V.8), p. 242).

comprenant l'organisation de la marine marchande, la construction d'une flotte marchande, la formation du capitaine et de l'équipage, la mise en place de transitaires et d'entreprises de manutention et la souscription d'assurances maritimes. Plus familières sont les questions de la responsabilité du transporteur de marchandise8 dangereuse8 ou d'animaux, du déversement d'hydrocarbures au large, de l'abordage en mer, de l'assistance et des réparations, des avaries communes, des salaires de8 gens de mer et des privilèges et hypothèques maritimes. La notion d'exploitation des navire8 marchands ou des navires se livrant au commerce est quelque peu précisée par les exemples donné8 au paragraphe 3. L'acception de l'expression "navire dont un Etat est l'exploitant" s'étend à la "possession", au "contrôle", à la "gestion" et à l'"affrètement" à temps ou au voyage, coque nue ou autrement, d'un navire par un Etat.

10) L'Etat qui s'en remet à une entité distincte pour l'exploitation d'un navire lui appartenant n'est pas pour autant à l'abri des poursuites, à cause du caractère particulier de la procédure in rem ou in admiralty ou de8 privilèges maritimes qui peuvent exister dans certains pays de common law et qui s'exercent contre quiconque a un intérêt dans le navire ou sa cargaison. Dans la pratique, hormis ces cas, l'Etat qui est propriétaire d'un navire mais qui ne l'exploite pas lui-même ne devrait pas être tenu responsable de l'exploitation du navire, car la personne morale de droit public ou privé qui exploite le navire est là pour assumer toutes les obligations qui peuvent naître de cette exploitation. Le paragraphe 1 doit être interprété comme signifiant que lorsqu'un navire est la propriété d'un Etat mais est exploité par une entreprise d'Etat dotée de la personnalicé juridique, c'est cette entreprise, et non l'Etat, qui est soumise à la juridiction du tribunal de l'Etat du for. On peut dire aussi qu'il devrait être possible de laisser une procédure concernant l'exploitation du navire suivre son cours sans mettre en cause l'Etat ou son titre éventuel à l'immunité juridictionnelle. Il ne semble pas nécessaire en pareil cas d'engager une procédure in personam contre l'Etat propriétaire du navire en tant que tel, en particulier lorsque le fait qui a donné lieu à l'action se rapporte à l'exploitation de ce navire, qu'il s'agisse d'un abordage, d'un acte d'avarie commune ou d'un transport de marchandises par mer. Mais s'il s'agit d'une action du chef de réparations au navire ou de services d'assistance rendus au navire, il peut être difficile,

dans certains système8 juridiques, de considérer que le propriétaire n'a pas retiré un profit des réparations effectuées ou des service8 rendu8 et que seul l'exploitant est tenu de répondre. Si cette éventualité se produit, l'Etat qui est propriétaire du navire, mais qui ne l'exploite pas, peut faire en sorte que l'exploitant, qui est souvent une entreprise publique, comparaisse à sa place pour se défendre contre toute plainte ou réclamation. La pratique évolue lentement dans cette direction par voie d'accords bilatéraux.

11) Le paragraphe 2 énonce la règle de l'immunité des Etats en faveur des navires de guerre et des navire8 auxiliaire8 même si ces navire8 sont à l'occasion affecté8 au transport de certaine8 cargaisons destinées à faire face à des situations d'urgence ou à des catastrophe8 naturelles. L'immunité existe aussi pour d'autres navires d'Etat, tels que les vedette8 de surveillance de la police, celles de l'Inspection des douanes, les navire8 hôpitaux, les bâtiment8 hygrographiques, les navires-écoles et les dragueurs, appartenant à un Etat ou exploité8 par lui et affectés ou destinés à un service public non commercial. On trouve une disposition du même genre à l'article 3 de la Convention internationale de 1926 pour l'unification de certaine8 règles concernant les immunités des navires d'Etat. Le terme "exclusivement" a été ajouté en seconde lecture, pour aligner le texte sur l'article 96 de la Convention de 1982 sur le droit de la mer. Certains membre8 ont au demeurant fait des réserves sur le maintien de la deuxième partie du paragraphe – commençant par les terme8 "ni aux autre8 navire8 . . ." – car il8 jugeaient inutile et illogique, eu égard au paragraphe 1, de faire mention de8 "autres navires dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant et qui sont utilisés exclusivement pour un service public non commercial". Un membre a aussi fait des réserves sur l'emploi de l'expression "pour un service public" au paragraphe 2, qu'il aurait préféré voir remplacer par "à des fins de service public" qui figure au paragraphe 1 : le paragraphe 2 étant une disposition qui découle du paragraphe 1, l'emploi de termes différent8 pourrait être source de confusion.

12) Il est important de noter que les paragraphe8 1, 2 et 4 s'appliquent à l "'utilisation". Le critère de l'utilisation du navire – utilisation effective et actuelle – est ainsi précisé. Celui de l'utilisation à laquelle il était destiné, qui figurait dans le texte adopté provisoirement en première lecture,

a été éliminé, car le paragraphe 1 postule l'existence d'un fait motivant une action en justice liée à l'exploitation du navire, et un tel fait a peu de chances de se produire si le navire n'est pas effectivement utilisé. En deuxième lecture, la Commission n'a donc retenu que le critère de l'utilisation effective, d'autant plus que celui de l'utilisation projetée lui a paru très vague et gros de difficultés dans la pratique. Pour la même raison, le critère de l'utilisation projetée a également été éliminé des paragraphes 2 et 4. Néanmoins, certains membres ont fait des réserves sur cette suppression. L'un d'eux a fait valoir que l'Etat A pourrait commander à un chantier naval de l'Etat B un navire destiné au commerce, mais qu'une fois construit, le navire faisant route du port de l'Etat B à un port de l'Etat A ne servirait pas en fait, malgré sa destination commerciale, au transport d'une cargaison. De l'avis de ce membre, la suppression de l'expression "destiné à être utilisé" créait ainsi une lacune.

13) Les mots "devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure" renvoient à la juridiction des tribunaux compétents en droit interne, maritime notamment, de l'Etat du for, qui peut admettre une grande diversité de droits d'action et permettre le choix entre plusieurs actions possibles, telles que l'action in personam contre le propriétaire et l'exploitant ou l'action in rem contre le navire lui-même, ou les actions in admiralty, ou encore les procédures d'exécution d'un privilège maritime ou de saisie d'un navire hypothéqué. Le tribunal peut être compétent à différents titres, dont la présence du navire dans un port de l'Etat du for, et ce navire ne doit pas nécessairement être le même que celui qui a causé le dommage en mer ou qui est responsable de tout autre chef, mais ce pourra être un navire marchand semblable appartenant au même propriétaire. Les tribunaux des pays de common law admettent généralement la possibilité de l'arrêt ou de la saisie d'un navire ainsi "apparenté" (sistership) ad fundandam jurisdictionem, mais dès que le cautionnement a été déposé, le navire est libéré et la procédure peut se poursuivre. L'article ne doit pas pour autant, on l'a vu, être interprété comme reconnaissant à cette pratique de common law une applicabilité universelle. Ainsi, le mot "procédure" désigne "tout type de procédure" quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'une prodédure in rem

ou in personam, in admiralty ou autre. Les règles énoncées aux paragraphes 1 et 2 sont confirmées par la pratique des Etats, qu'il s'agisse du judiciaire, du législatif ou de l'exécutif, ainsi que par des traités multilatéraux et bilatéraux 181/.

14) Le paragraphe 3 donne des exemples de procédure se rapportant à l'exploitation d'un navire "utilisé autrement qu'à des fins de service public non commerciales", au sens du paragraphe 1. L'alinéa d) a été ajouté en deuxième lecture en réponse à une suggestion avancée par un gouvernement à la Sixième Commission, au cours de la quarante-cinquième session de l'Assemblée générale. Bien que les dispositions du paragraphe 3 n'aient que valeur d'illustration, il a paru bon à la Commission d'ajouter cet exemple encore, eu égard à l'importance que la communauté internationale attache aux questions d'environnement et au problème de la pollution des mers par les navires. Comme cet alinéa ne figurait pas dans le texte de l'ancien article 18 adopté en première lecture, la Commission et le Comité de rédaction l'ont tous deux examiné de manière assez approfondie. L'alinéa d), comme ceux qui le précèdent, ne sert qu'à illustrer les cas dans lesquels les dispositions du paragraphe 1 trouveraient à s'appliquer, et ne modifie ni le sens fondamental ni la portée de l'exception à l'immunité des Etats visée au paragraphe 1.

181/ Voir le sixième rapport de l'ancien rapporteur spécial, Annuaire . . . 1984, vol. II (première partie), p. 32 et suiv., doc. A/CN.4/376 et Add.1 et 2, par. 136 à 230.

Voir aussi, pour la pratique législative récente, la loi sud-africaine de 1981 intitulée South Africa Foreign States Immunities Act of 1981 (art. 11); la Public Law 100-640, de 1988, des Etats-Unis intitulée Act to amend the Foreign Sovereign Immunities Act with respect to admiralty jurisdiction, 102 Stat. 3333 (art. 1605 b), tel qu'amendé, et art. 1610, tel qu'amendé).

Pour la pratique judiciaire récente, voir, par exemple : Canada : Lorac Transport Ltd c. The Ship "Atra" (1984) (9 D.L.R. (4th) 129; Federal Court, Trial Division. Canadian Yearbook of International Law, vol. XXIII, p. 417 et 418 (1985)); Pays-Bas : USSR c. I.C.C. Handel-Maatschappij (voir supra note 156); Etats-Unis d'Amérique : Transamerican Steamship Corp. c. Somali Democratic Republic (767 F.2nd, p. 998. U.S. Court of Appeals, D.C. Circ., 12 juillet 1985, The American Journal of International Law, vol. 80, p. 357, (1986)); China National Chemical Import and Export Corporation and Another c. M/V Lago Hualaihue and Another (District Court, Maryland, 6 janvier 1981, International Law Reports, vol. LXIII, p. 528, (1982)).

Il ne pose pas non plus de règle de fond concernant la légitimité ou la recevabilité d'une demande en réparation. Que tel ou tel motif de plainte puisse ou non donner lieu à une action est une question qu'il appartiendra au tribunal compétent de trancher. Les mots "conséquences de" répondent aux craintes exprimées par certains membres, pour qui la mention de la "pollution du milieu marin" sans autre précision risquait d'être une incitation à des demandes formées sans raison sérieuse ou sans que le plaignant ait subi de perte ou de dommage tangible. Un membre a même considéré qu'il aurait fallu employer une formule plus nuancée comme "conséquences dommageables"; il a donc réservé sa position sur cet alinéa. D'autres membres ont en revanche jugé ses craintes injustifiées, puisque aucun tribunal n'accueillerait de demande futile ou abusive, et que par surcroît les règles régissant l'immunité des Etats n'avaient pas pour fonction de prévenir des demandes pour des considérations de fond.

15) Le paragraphe 4 pose la non-immunité comme règle dans le cas d'une cargaison appartenant à un Etat et utilisée ou destinée à des fins commerciales et non de service public. Le paragraphe 5 a pour objet de maintenir l'immunité pour toute cargaison, commerciale ou non commerciale, transportée à bord des navires visés au paragraphe 2, ainsi que pour toute cargaison appartenant à un Etat et utilisée ou destinée à être utilisée à des fins de service public non commerciales. Cette disposition maintient l'immunité notamment pour les cargaisons destinées à des opérations d'urgence telles que les opérations de secours (transports de vivres ou de fournitures médicales). On notera que l'expression "destinée à être utilisée" a été maintenue dans ce paragraphe, alors qu'elle ne l'a pas été aux paragraphes 1, 2 et 4, parce qu'une cargaison n'est pas en règle générale utilisée pendant qu'elle se trouve à bord d'un navire et que c'est donc l'utilisation que l'on compte en faire qui dira si l'Etat en cause peut ou non se prévaloir de son immunité.

16) Les paragraphrs 6 et 7 s'appliquent à la fois aux navires et aux cargaisons; ils sont destinés à ménager un juste équilibre entre la non-immunité de l'Etat énoncée aux paragraphes 1 et 4 et une certaine protection à accorder à l'Etat. Le paragraphe 6 confirme que les Etats propriétaires ou exploitants de navires en service commercial peuvent invoquer tous les moyens de défense, de prescription et de limitation de responsabilité

dont peuvent se prévaloir les navires et cargaisons privés et leurs propriétaires. L'application de cette règle ne se limite pas aux procédures se rapportant à des navires et à des cargaisons. Les Etats peuvent invoquer tous les moyens de défense disponibles dans toute procédure où un bien d'Etat est en jeu. Le paragraphe 7 indique un moyen pratique de prouver le caractère gouvernemental et non commercial du navire ou de la cargaison, selon le cas : la production d'une attestation signée, normalement, par le représentant diplomatique accrédité de l'Etat auquel le navire ou la cargaison appartient. En l'absence d'un représentant diplomatique accrédité, une attestation signée par une autre autorité compétente, le Ministre des transports ou le fonctionnaire consulaire concerné par exemple, vaudra preuve devant le tribunal. La production de l'attestation devant le tribunal sera évidemment régie par les règles de procédure de l'Etat du for. L'expression "vaudra preuve" ne signifie cependant Pas qu'il s'agira d'une preuve irréfragable.
17) L'article 16 ne traite pas de l'immunité en matière d'aéronefs ou d'objets spatiaux. Il ne peut donc être appliqué ni aux uns ni aux autres 182/.

182/ Cette question a été étudiée au Comité de rédaction et évoquée en Commission (voir A/CN.4/SR.2221).

Les traités qui intéressent le droit de l'aviation civile internationale comprennent :

a) Convention relative à l'aviation civile internationale, Chicago, 1944 (voir, notamment, les chapitres premier et II) (OACI, doc. 7300/6);

b) Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Varsovie, 1929 (voir les articles premier et 2 et le Protocole additionnel) (Société des Nations, Recueil des Traités, vol, CXXXVII, p. 11 et Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 478, p. 371);

c) Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée a Varsovie le 12 octobre 1929, La Haye, 1955 (voir l'article XXVI) (OACI, doc. 7632);

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 182/)

d) Convention complémentaire à la Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel, Guadalajara, 1961 (OACI, doc. 8181);

e) Convention relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronefs, Genève, 1948 (voir les articles XI à XIII) (OACI, doc. 7620);

f) Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers, Rome, 1952 (voir les articles premier, 2, 20, 23 et 26) (OACI, doc. 7364);

g) Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, Tokyo, 1963 (voir l'article premier) (OACI, doc. 8364);

h) Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, La Haye, 1970 (voir l'article 3) (OACI, doc. 8920);

i) Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, Montréal, 1971 (voir l'article 4) (OACI, doc. 8966).

Les conventions qui intéressent les activités dans l'espace et les engins spatiaux sont les suivantes :

a) Traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes ("Traité sur l'espace"), 1967 (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 610, p. 205);

b) Accord sur le sauvetage des astronautes, le retour des astronautes et la restitution des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique, 1968 (résolution 2345 (XXII) de l'Assemblée générale);

c) Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, 1972 (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 672, p. 118);

d) Convention sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique, 1975 (résolution 3235 (XXIX) de l'Assemblée générale);

e) Accord régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes (International Legal Materials, vol. XVIII, p. 1434); résolution 34/68 de l'Assemblée générale.

17ticle

Effet d'un accord d'arbitrage

Si un Etat conclut par écrit un accord avec une personne physique ou morale étrangère afin de soumettre à l'arbitrage des contestations relatives à une transaction commerciale, cet Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant :

a) A la validité ou à l'interprétation de l'accord d'arbitrage;

b) A la procédure d'arbitrage; ou

c) A l'annulation de la sentence arbitrale;

à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement.

Commentaire

1) Le projet d'article 17 traite de la règle de l'absence d'immunité à l'égard du pouvoir de supervision du tribunal d'un autre Etat, compétent pour se prononcer sur des questions se rapportant à l'accord d'arbitrage, telles que la validité de l'obligation de se soumettre ou de recourir à l'arbitrage ou de requérir le règlement d'une contestation par l'arbitrage, l'interprétation et la validité de la clause ou de l'accord d'arbitrage, la procédure d'arbitrage et l'annulation des sentences arbitrales 183/.

2) Le projet d'article provisoirement adopté en première lecture contenait deux expressions, "un contrat commercial" et "une matière civile ou commerciale", placées entre crochets comme variantes possibles pour les limites dans lesquelles s'inscrirait l'exception de l'accord d'arbitrage. Ces expressions ont maintenant été remplacées par "transaction commerciale", conformément à l'alinéa 1 c) de l'article 2.

183/ Voir le sixième rapport de l'ancien rapporteur spécial, A/CN.4/376, par. 247 à 253. Voir, par exemple, France : Décision de la Cour de cassation dans l'affaire des Southern Pacific Properties Ltd et autres c. République arabe d'Egypte (6 janvier 1987. International Legal Materials, vol. XXVI, (1987), p. 1004); Société européenne d'études et d'entreprises c. Yougoslavie et autres (Cour de cassation (18 novembre 1986. International Legal Materials, vol. XXVI (1986), p. 377). Voir aussi Suisse : Décisions de la Cour de justice de Genève et du Tribunal fédéral (extraits) concernant l'Award in Westland Helicopters Arbitration (Sentence arbitrale rendue dans l'affaire des hélicoptères Westland) (19 juillet 1988. International Legal Materials, vol. XXVIII (1989), p. 687).

(Suite de la note page suivante)

3) L'expression "tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce" vise ici la compétence que peut avoir un tribunal, en vertu du droit interne de l'Etat du for - et en particulier de ses règles de droit international privé - pour exercer un pouvoir de supervision dans une procédure relative à un accord d'arbitrage. Le tribunal peut être compétent pour exercer ce pouvoir à l'égard d'un arbitrage commercial pour une ou plusieurs raisons. Il peut être compétent dans des circonstances normales parce que le siège de l'arbitrage se trouve sur le territoire de l'Etat du for, ou parce que les parties à l'accord d'arbitrage ont choisi le droit interne du for comme droit applicable à l'arbitrage. Le tribunal peut être compétent aussi parce que les biens saisis sont situés sur le territoire du for.

4) Il convient de faire observer à cet égard que, de plus en plus, les Etats ont pour pratique d'offrir des conditions plus favorables et plus attrayantes afin d'amener les parties à choisir de faire arbitrer leurs différends sur leur territoire. L'un de ces avantages consiste à s'efforcer de simplifier les procédures de contrôle judiciaire. Ainsi, le Royaume-Uni et la Malaisie ont modifié leur législation concernant le pouvoir de supervision applicable à l'arbitrage en général. Il n'en reste pas moins qu'en dépit de cette tendance, de nombreux pays, comme la Thaïlande et l'Australie, continuent de maintenir un contrôle ou une supervision judiciaires plus ou moins stricts sur les arbitrages civils, commerciaux et autres qui se déroulent sur le territoire de l'Etat du for. Il se peut donc que, dans un cas déterminé, le tribunal compétent en l'espèce soit décline l'exercice de son pouvoir de supervision, soit ne possède plus qu'un pouvoir restreint par suite de l'adoption d'une législation nouvelle. En outre, l'exercice du pouvoir de supervision peut être exclu, tout au moins dans certains pays, du fait que les parties auront choisi

---

(Suite de la note 183/)

Voir en outre le United States Foreign Sovereign Immunities Act de 1976, tel que modifié en 1988; depuis, les Etats-Unis ont adopté un Act to Imylement the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (loi d'application de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international) de 1988, Public Law 100-669, 102 Stat. 3969, portant modification des articles 1605 a) et 1610 a) du United States Foreign Sovereign Immunities Act.

d'adopter un type d'arbitrage autonome, tel que l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ou de considérer les sentences arbitrales comme définitives, excluant par là toute possibilité d'intervention judiciaire à quelque moment que ce soit. La clause de sauvegarde "à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement" vise le choix, librement exprimé par les parties en cause, de soustraire la procédure d'arbitrage au contrôle judiciaire du tribunal national. Il se peut que certains tribunaux n'en insistent pas moins sur la possibilité de superviser ou de contrôler l'arbitrage bien que les parties aient exprimé leur volonté qu'il en soit autrement. En tout état de cause, les accords d'arbitrage ont force obligatoire pour les parties même si leur exécution peut dépendre, à un moment donné, de la participation des tribunaux.

5) Pour les raisons indiquées, la soumission à l'arbitrage commercial prévue dans le présent article constitue une manifestation du consentement à toutes les conséquences de l'acceptation de l'obligation de régler les différends par le type d'arbitrage clairement spécifié dans l'accord d'arbitrage. Normalement, les questions de procédure en jeu – par exemple la juridiction et la loi applicable – sont réglées dans cet accord. Ainsi, c'est le tribunal désigné conformément à l'accord qui connaîtra de la question de l'immunité plutôt que le tribunal de tout autre Etat, et c'est la procédure d'arbitrage prévue dans l'accord d'arbitrage qui régira les questions visées aux alinéas a) à c). Par rapport à l'obligation de se soumettre à l'arbitrage contractée par l'Etat, le fait que le tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, peut être disposé à exercer son pouvoir de supervision touchant l'accord d'arbitrage, y compris la procédure d'arbitrage et les autres questions découlant de l'accord ou de la clause compromissoire, n'a qu'un caractère accessoire.

6) Le consentement à l'arbitrage ne constitue pas en soi une renonciation à l'immunité de la juridiction d'un tribunal qui serait, autrement, compétent pour se prononcer quant au fond sur le différend ou la contestation. Cela dit, le consentement à un arbitrage commercial signifie implicitement que l'on accepte toutes les conséquences naturelles et logiques de l'arbitrage commercial envisagé. C'est seulement dans ce cadre limité que l'on peut donc

dire que le consentement d'un Etat à l'arbitrage suppose qu'il consent à l'exercice du pouvoir de supervision du tribunal d'un autre Etat, compétent pour surveiller l'application de l'accord d'arbitrage.

7) Il est important de signaler que le projet d'article vise "l'accord d'arbitrage" entre un Etat et une personne physique ou morale étrangère et non entre Etats, ou entre des Etats et des organisations internationales. Sont aussi exclus du champ de l'article les types d'arbitrage prévus par les traités entre Etats 184/ ou ceux qui obligent les Etats à régler leurs contestations avec les nationaux d'autres Etats, comme la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Washington, 19651 185/, laquelle est autonome et contient des dispositions pour l'exécution des sentences arbitrales. Cela n'empêche pas les Etats et les organisations internationales de conclure des accords d'arbitrage qui peuvent avoir pour conséquence de les soumettre au pouvoir de supervision de l'Etat du for.

8) Il convient également d'ajouter que, des divers types d'arbitrage offerts aux Etats comme moyens de règlement pacifique de diverses catégories de différends, seul l'arbitrage entre des Etats et des personnes physiques ou morales étrangères est envisagé dans cet article. Les arbitrages de ce type peuvent obéir à n'importe quelles modalités, par exemple celles qui sont prévues dans le règlement de la Chambre de commerce internationale ou celui de la CNUDCI ou par d'autres organes d'arbitrage commercial institutionnalisé ou ad hoc. La soumission d'un différend en matière d'investissement à l'arbitrage du CIRDI, par exemple, n'est pas une soumission au type d'arbitrage commercial envisagé dans le projet d'article, et ne peut en aucun cas être interprétée comme une renonciation à l'immunité de juridiction d'un tribunal au demeurant compétent pour exercer un pouvoir de supervision

---

184/ Voir, par exemple, l'article 11 de l'Accord entre le Japon et la République populaire de Chine concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements.

185/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 575, p. 159.

en ce qui concerne un arbitrage commercial, comme l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale ou un arbitrage sous les auspices de l'American Arbitration Association 186/.

9) L'article n'a nullement pour but d'étendre ni de restreindre la juridiction existante des tribunaux d'aucun Etat ni d'empiéter sur le rôle que dans tel ou tel système juridique les tribunaux sont appelés ou disposés à exercer en matière de contrôle et de supervision, pour garantir les impératifs de moralité et d'ordre public dans l'administration de la justice nécessaires à l'application du règlement arbitral des différends. C'est seulement dans ce sens étroit que l'on peut affirmer que le fait pour un Etat de se soumettre à l'arbitrage commercial entraîne une acceptation tacite du pouvoir de supervision du tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce dans des matières se rapportant à l'accord d'arbitrage.

186/ Voir, par exemple, Maritime International Nomineees Establishment c. Republic of Guinea (Etats-Unis d'Amérique, intervenant) (1982) (Federal Reporter, 2nd Series, 1983, vol. 693, p. 1094); Guinée c. Maritime International Nominees Establishment (Belgique, tribunal de première instance d'Anvers. 27 septembre 1985, International Legal Materials, vol. XXIV (1985) p. 1639); Sénégal c. Seutin en tant aue liquidateur de la West Africaa Industrial Concrete Co (SCABI) (France, Cour d'appel de Paris. 5 décembre 1989, International Legal Materials, vol. XXIX (1990), p. 1341); Jamahiriya arabe libyenne pooulaire et socialiste c. Libyan American Oil Çompany (LIAMCO) (Suisse : Tribunal fédéral, Première Cour de droit public. 19 juin 1980, International Law Reoorts, vol. 62 (1982), p. 228); Tekno-Pharma AB c4 Etat d'Iran (Suède, Coiur d'appel du Svealand7 2 , International Law Reports, vol. 65 (1984), p. 383); Libyan American Oil Çompany c. Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste (Suède, Cour d'appel du Svealand. 18 juin 1980, International Law Reports, vol. 62 (1982), p. 225); Libyan American Oil Company c. Jamahiriya arabe libyenne ppuiaire et socialiste, anciennement République arabe libyenne (E.U., Tribunal fédéral de lère instance du District de Columbia. 18 janvier 1980, International Law Reports, vol. 62 (1982), p. 220). Voir, toutefois, République populaire révolutionnaire de Guinée c. Atlantic Triton Company (France, Cour de cassation (Première chambre civile). 18 novembre 1986. International Law Reports, vol. 82 (1990), p. 76), dans laquelle la Cour a adopté la position selon laquelle le caractère exclusif de l'arbitrage du CIRDI exposé à l'article 26 de la Convention portant création du CIRDI n'empêchait pas une partie à une procédure du CIRDI de solliciter des tribunaux français des mesures conservatoires sous la forme d'une saisie.

PARTIE IV

IMMUNITE DES ETATS A L'EGARD DES MESURES DE CONTRAINTE EN RELATION AVEC UNE PROCEDURE DEVANT UN TRIBUNAL

1) Les trois premières parties - "Introduction", "Principes généraux" et "Procédures dans lesquelles les Etats ne peuvent pas invoquer l'immunité" - étant achevées, le projet d'articles devait comprendre aussi une quatrième partie, consacrée à l'immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte en relation avec une procédure. Cette immunité, qui s'applique aux biens dont ils ont la propriété, la possession ou l'usage, revêt une importance particulière pour les Etats en raison de la pratique récente qui tend à se répandre chez les plaideurs privés, y compris les sociétés transnationales, et qui consiste, dans les actions engagées devant les tribunaux des pays industriellement avancés, à tenter d'obtenir satisfaction en demandant la saisie de biens dont les pays endéveloppement sont propriétaires ou dont ils ont la possession ou l'usage, tels que les comptes bancaires des ambassades ou les fonds des banques centrales et autres autorités monétaires.

2) La partie IV du projet d'articles porte sur l'immunité de l'Etat, en cas de procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat, à l'égard des mesures de contrainte visant l'usage de ses biens, telles que la saisie, la saisie-arrêt ou la saisie-exécution. L'expression "mesures de contrainte" est utilisée ici comme un terme générique et non pas comme un terme technique emprunté à un droit interne particulier. Les mesures de contrainte variant sensiblement dans la pratique des Etats, il serait difficile, sinon impossible, de trouver un terme qui recouvre toutes les méthodes ou mesures de contrainte possibles dans tous les systèmes juridiques. On s'est donc contenté d'indiquer par des exemples les mesures les plus connues et les plus faciles à comprendre, telles que la saisie, la saisie-arrêt ou la saisie-exécution. Le problème que pose la recherche de termes aisément traduisibles dans les langues officielles est ici indubitablement aggravé par la diversité de la pratique des Etats en la matière.

3) La partie IV revêt une importance particulière en ce sens qu'elle vise une deuxième phase de l'action judiciaire en cas de mesures d'exécution, mais aussi les mesures interlocutoires, les mesures de saisie avant le procès ou la saisie ad fundandam jurisdictionem. La partie IV prévoit en principe, sous réserve de certaines limitations, l'immunité de l'Etat à l'égard de toutes

les mesures de contrainte visant l'usage de ses biens en relation avec une procédure devant le tribunal d'un autre Etat.

Article 18

Immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte

1. Aucune mesure de contrainte, telle que saisie, saisie-arrêt et saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat excepté si et dans la mesure où :

a) L'Etat y a expressément consenti ainsi qu'il est indiqué :

i) Par accord international;

ii) Par un accord d'arbitrage ou dans un contrat écrit;

iii) Par une déclaration devant le tribunal ou par une communication écrite faite après qu'un différend a surgi entre les parties;

b) L'Etat a réservé: ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure; ou

c) Les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'Etat du for et ont un lien avec le demande qui fait l'objet de cette procédure ou avec l'organisme ou l'institution contre lesquels la procédure a été intentée.

2. Le consentement à l'exercice de la juridiction visé à l'article 7 n'implique pas consentement à 1 'adoption de mesures de contrainte aux termes du paragraphe 1, pour lesquelles un consentement distinct est nécessaire.

Commentaire

1) L'article 18 ne concerne l'immunité à l'égard des mesures de contrainte que pour autant qu'elles sont liées à une procédure devant un tribunal. Théoriquement, l'immunité à l'égard des mesures de contrainte est distincte de l'immunité juridictionnelle en ce sens que celle-ci vise exclusivemeut le prononcé du jugement. L'article 18 définit an termes clairs la règle de l ' immunité des Etats dans sa deuxième phase, en ce qui concerne les biens, et plus particulièrement en ce qui touche les mesures d'exécution considérées comme procédure distincte de la procédure initiale.

2) La pratique des Etats révèle l'existence de plusieurs théories à l'appui de l'immunité d'exécution, considérée comme distincte de l'immunité de juridiction et sans rapport avec elle 187/. Quelles que soient les théories, la question de l'immunité d'exécution ne se pose, aux fins du présent article, qu'après que la question de l'immunité juridictionnalle a été tranchée par la négative et qu'il y a eu jugement en faveur du demandeur. L'immunité d'exécution peut donc être considérée comme le dernier rempart, le dernier bastion de l'immunité des Etats. Si l'on admet qu'aucun Etat souverain ne peut exercer son pouvoir souverain sur un autre Etat également souverain (par in parem imperium non habet), il s'ensuit qu'à plu6 forte raison aucune mesure d'exécution ou de contrainte ne peut être exercée par les autorités d'un Etat contre un autre Etat et ses biens. Une telle possibilité n'existe pas, même en contentieux international, qu'il s'agisse de règlement par voie judiciaire ou par voie d'arbitrage 188/.

187/ Voir la jurisprudence citée dans le septième rapport de l'ancien rapporteur spécial (Annuaire . . . 1985. vol. II (première partie), document A.CN.4/388, par. 73 à 77). Voir aussi le deuxième rapport du Rapporteur spécial actuel, document A/CN.4/422 et Corr.1, par. 26 à 28. Citant Schreuer (State Immunity: Some Recent Developments, 1988, p. 125), le Rapporteur spécial observe que certains auteurs font valoir qu'en permettant aux plaignants d'intenter une action contre un Etat étranger, pour les priver ensuite, par le jeu de l'immunité d'exécution, des bénéfices de leur action lorsqu'ils obtier ent gain de cause, on les exposerait à la double frustration d'un jugement inexécutable et de dépens onéreux, encore que pour la plupart, les gouvernements aussi bien que les auteurs estiment que l'immunité d'un Etat à l'égard des mesures de contrainte est distincte de son immunité juridictionnelle (par. 26).

188/ Voir, par exemple, dans l'affaire Socobelge, l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 15 juin 1939 relatif aux sentences arbitrales des 3 janvier et 25 juillet 1936 (CPJI, série A/B, No 78, p. 160) et l'arrêt du 30 avril 1951 du Tribunal civil de Bruxelles (Journal du droit international [Clunet], Paris, 79ème année, 1952, p. 244).

3) L'article 18 combine dans une nouvelle formulation les anciens articles 21 et 22 adoptés provisoirement en première lecture. L'ancien article 21 traitait de l'immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte et l'ancien article 22 du consentement à ces mesures. Les idées exprimées dans ces deux articles étant étroitement liées, la Commission s'est ralliée à la proposition du Rapporteur spécial de les fondre en un seul, qui avait l'appui d'un grand nombre de membres aussi bien que de gouvernements. De la sorte, le principe de la non-exécution sur les biens d'un Et t à un stade ou dans une phase quelconque de la procédure se trouve clairement énoncé, après quoi suivent les exceptions à ce principe.

Paragraphe 1

4) Les mesures de contrainte mentionnées dans le présent article ne se limitent pas à l'exécution, mais s'étendent aussi à la saisie et à la saisie-arrêt, ainsi qu'à d'autres formes de saisie comme la saisie-exécution, y compris l'exécution de sentences arbitrales, la mise sous séquestre et toutes les mesures provisoires, interlocutoires et autres mesures conservatoires antérieures au jugement, qui parfois ne visent qu'à geler les avoirs en la possession du défendeur. Les mesures de contrainte indiquées au paragraphe 1 sont de simples exemples et n'ont rien d'une énumération exhaustive .

5) Les biens protégés par l'immunité en vertu du présent article sont les biers d'un Etat, y compris, en particulier, les biens définis à l'article 19. Dans le texte initial de la phrase liminaire de l'ancien article 21 et du paragraphe 1 de l'ancien article 22 adoptés provisoirement en première lecture figurait le membre de phrase "[ou des biens dans lesquels il a un intérêt juridiquement protégé]", sur lequel 1.1 y avait des divergences de vues parmi les membres de la Commission. Dans leurs observations écrites, un certain nombre de gouvernements ont critiqué ce membre de phrase, qu'ils jugeaient vague et de nature à élargir la portée de l'immunité d'exécution. Ce texte entre crochets a donc été supprimé et remplacé par les mots "biens d'un Etat".

6) Le mot "Etat", dans le membre de phrese "une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat", vise l'Etat sur le territoire duquel se trouvent les biens, quel que soit. l e lieu où se déroule la procédure sur 1 e fond. Il faudra donc, pour que des mesures de contrainte puissent être exécutées, qu'une procédure en ce sens soit engagée devant un tribunal de 1 'Etat sur

le territoire duquel les biens sont situés. Il peut bien entendu arriver que dans certaines circonstances particulières, par exemple en vertu d'une obligation conventionnelle, l'exécution ne nécessite pas d'autre procédure judiciaire dès lors qu'il y a eu jugement définitif rendu par le tribunal d'un autre Etat partie au traité.

7) Le principe de l'immunité est soumis ici à l'une ou l'autre des trois conditions négatives ci-après : il faut a) que le consentement à l'adoption de mesures de contrainte soit donné par accord international, par un accord d'arbitrage ou dans un contrat écrit, ou par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite faite après qu'un différend a surgi entre les parties; ou b) que les biens considérés aient été affectés ou réservés par l'Etat à la satisfaction de la demande; ou encore c) que les biens considérés soient spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales 189/. L'alinéa c) prévoit aussi que, pour qu'il y ait non-immunité, les biens doivent avoir un lien avec l'objet de la demande ou avec l'organisme ou l'institution contre lesquels la procédure a été intentée.

189/ Pour la jurisprudence, la doctrine internationale, les traités et les législations nationales relatifs à l'immunité à l'égard des mesures de contrainte, voir le septième rapport de l'ancien rapporteur spécial, (Annuaire . . . 1985, vol. II (première partie), document A/CN.4/388, par. 33 à 82), et le deuxième rapport du Rapporteur spécial, document A/CN.4/422 et Corr.1, paragraphes 26 à 98.

Pour les législations récentes, voir en outre la loi australienne sur les immunités des Etats étrangers intitulée Australia Foreign States & (art. 30 à 35); la loi sud-africaine intitulée South Africa Foreign States Immunities Amendment Act of 1988 (art. 14 b)); et la loi américaine intitulée United States Act to Implement the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, Public Law 100-669, 100th Congress, 102 Stat. 3969,

Pour des affaires récentes concernant l'alinéa 1 a), voir, par exemple, sur la condition du consentement exprès par accord international, visé au sous-alinéa i), O'Connell Machinery Co. c. MV Americana and Italia Di Navigazione, SpA (U.S. Court of Appeals, 2nd Circ., 4 mai 1984, International Law Reports, vol. 81 (1990), p. 539, où, malgré la renonciation expresse à l'immunité énoncée à l'article XXIV 6) du Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1965 entre l'Italie et les Etats-Unis, la Cour n'a pas interprété ce traité comme prévoyant la renonciation à l'immunité dans le cas

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 189/)

de saisie conservatoire. Voir aussi New England Merchants National Bank c. Iran Power Generation and Transmission Co., et al. (502 F. Supp. 120, U.S. District Court S.D.N.Y., 26 septembre 1980. The American Journal of International Law, vol. 75, p. 375 (1981)); E-Systems Inc. c. Islamic Republic of Iran and Bank Melli Iran (U.S. District Court, Northern District, Texas. 19 juin 1980, International Law Reports, vol. 63, p. 424 (1982)).

Sur la condition du consentement exprès dans un contrat écrit, visé au sous-alinéa ii), voir, par exemple, Libra Bank Limited c. Banco Nacional de Costa Rica. 676 F.2d, p. 47 (1982) (U.S. Court of Appeals, 2d Circ., 12 avril 1982; reproduit dans International Legal Materials, vol. XXI, p. 618 (1982)), où la Cour a considéré que la renonciation écrite par un Etat étranger à tout droit à l'immunité de juridiction à propos d'un accord de prêt constitue une reconciation expresse à l'immunité à l'égard des mesures de saisie aux fins de l'article 1610 d) i) de la loi sur les immunités des Etats étrangers. Voir, en revanche, sur la condition du consentement exprès par accord d'arbitrage, visé au sous-alinéa ii), Birch Shipping Corp. c. Embassy of Tanzania (Misc. No 80-247. U.S. District Court, District of Columbia, 18 novembre 1980. The American Journal of International Law, vol. 765, p. 373 (1981)), où la Cour a estimé qu'en se soumettant à l'arbitrage, la défenderesse avait implicitement consenti à renoncer à l'immunité, y compris en ce qui concernait l'enregistrement de toute sentence qui serait rendue.

Comparer les affaires concernant des mesures de contrainte d'abord arbitrées dans le cadre de la procédure du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : République révolutionnaire populaire de Guinée c. Société Atlantic Triton Company (France, Cour d'appel de Rennes (deuxième chambre), 26 octobre 1984, International Law Reports, vol. 82 (1990), p. 76); République révolutionnaire populaire de Guinée c. Société Atlantic Triton Company (Cour de cassation, première chambre civile), 18 novembre 1986, Journal du droit international, 1987, p. 125); Sénégal c. Seutin en sa qualité de liquidateur de la Société West African Industrial Concrete Co. (SOABI) (Cour d'appel de Paris, 5 décembre 1989, International Legal Materials, vol. XXIX (1990), p. 1341); Benvenuti et Bonfant SARL c. Gouvernement de la République populaire du Congo (Cour d'appel de Paris, 26 juin 1981, Journal du droit international, 1981, p. 843); Société Ltd Benvenuti et Bonfant c. Banque commerciale congolaise (Cour de cassation, première chambre civile, 21 juillet 1987, Journal du droit international, vol. 115 (1988), p. 108); Guinée c. Maritime International Nominees Establishment (Tribunal de première instance d'Anvers, 27 septembre 1985, International Legal Materials, vol. XXIV (1985), p. 1639); Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. The Government of the Republic of Liberia (U.S. District Court for the Southern District of New York. 12 décembre 1986; reproduit dans International Legal Materials, vol. XXVI (1987), p. 695).

(Suite de la note page suivante)

(Suite de la note 189/)

Pour dee affaires récentes concernant l'alinéa c) du paragraphe 1, voir, par exemple, **République islamique d'Iran** et **autres c.** Société et **autres** (Cour de cassation, première chambre civile, **14 mars** 1984, **Journal du droit international,** 1984, p. **598),** où la Cour a déclaré que nonobstant le fait que les Etats étrangers jouissaient en principe de **l'immunité** d'exécution, cette immunité pouvait être écartée lorsque les biens saisis avaient été affectés à l'activité commerciale de droit privé qui était **à** l'origine de la demande. Voir aussi **General National Maritime Transport Company** c. **Société Marseille** Fret (Cour de cassation, première chambre civile, **4 février** 1986, **Revue critique de droit international privé**, vol. 75 (1986). **p. 718); Re Royal Bank** of **Canada and Corriveau** et **al.** (Canada, Ontario High **Court,** 22 **octobre 1980, International Law Reports,** vol. 64 (1983). ; **des recours en matière pénale** du **Tribunal d'appel t autre** (Suisse, Tribunal fédéral, 15 avril 1987, **Annuaire suisse** de droit **international,** 1988, p. 221); **Giamahiria araba libica popolare socialista c. Rossberton Officine Meccaniche s.r.l. e Libyan Arab Airlines, Ministero degli affari esteri** e **Ministero** di **grazia** e **giustizia** (Italie, **Corte** di Cassazione, 25 mai 1989, **Rivista di diritto internazionale privato e processuale, vol. 26 (1990), p.** 663); cf. **International Consolidated Companies Inc. c. Nigerian National Petroleum Corporation** (Italie, Tribunale **di Taranto,** 18 décembre 1987, ordonnance, **Rivista di diritto internazionale,** vol. 72 **(1989),** p. 109).

Sur la question des mesures de contrainte concernant les biens des entreprises **d'Etat,** voir, par exemple, **In the Matter** of **Constitutional Complaints** of the **National Iranian Oil Company Against Certain Orders** of **the District Court and the Court of Appeals of Frankfurt in Prejudgment Attachment Proceedings against the Complainant (37 WM Zeitschrift für Wirtschafts - und Bankrecht** 722 (1983)) (République fédérale d'Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 12 avril 1983. Traduction **anglaise** dans **International Legal Materials,** vol, XXII, 1983, p. **1279),** où la Cour a conclu qu'il n'existe aucune règle générale de droit international exigeant que **les** comptes ouverts dans les **banques** d'un paya et désignés **comme** ceux d'un organisme gouvernemental dtrsnger possédant une personnalité juridique propre soient traités comme des biens de **l'Etat** étranger. La Cour a même indiqué en outre que le droit international général n'exige pas **l'immunité** absolue d'exécution pour les comptes existant au nom de **l'Etat** étranger lui-même, mais que les comptes d'un gouvernement étranger détenus dans des banques situées dans **l'Etat** du for ne doivent **se** voir accorder **l'immunité** que si le compte considéré est lui-même, à la date du prélèvement, destiné à être utilisé à des fins de service public protégées au plan international. Dans l'affaire **Société nationale algérienne de transport** et de **commercialisation des hydrocarbures (Sonatrach)** c. **Migeon,** (Cour de cassation, ler octobre 1985, **Revue critique du droit international privé,** 1986, **p. 527),** la Cour a dit que ai les biens

(Suite de la note page suivante)

8) Le membre de phrase "y a expressément consenti ainsi qu'il est indiqué", à l'alinéa a) du paragraphe 1, vise à le fois les mesures de contrainte et les biens. Ainsi, le consentement exprès peut être donné de façon générale pour les mesures de contrainte ou les biens, ou pour des mesures particulières, ou pour des biens déterminés, ou à la fois pour les mesures et pour les biens.

9) Le consentement donné en application de l'alinéa a) du paragraphe 1 ne peut être retiré qu'aux conditions prévues dans l'accord international (sous-alinéa i)) ou dans 1 'accord d'arbitrage ou le contrat (sous-alinéa ii)). Si la déclaration de consentement ou la communication écrite en ce sens (sous-alinéa iii)) a été faite devant un tribunal, elle ne peut plus être retirée. De façon générale, une fois que l'action en justice a commencé, le consentement ne peut pas être retiré.

10) Aux termes de l'alinéa b) du paragraphe 1, les biens peuvent faire l'objet de mesures de contrainte s'ils ont été réservés ou affectés à la satisfaction de la demande ou à la liquidation de la dette qui fait l'objet de la procédure. De la aorte, les demandeurs étrangers à l'action initiale ou non protégés ne devraient pas pouvoir empêcher l'Etat de satisfaire à des demandes spécifiques ou de régler une dette reconnue. Il se peut évidemment que la question de savoir si des biens ont été ou non réservés à la satisfaction d'une demande reste dans certains cas ambiguë et doive être réglée par le tribunal.

11) L'emploi du mot "sont" à l'alinéa c) signifie que les biens doivent être spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à

(Suite de la note 189/)

d'un Etat étranger étaient insaisissables à moins d'avoir été affectés à l'activité commerciale de droit privé qui était à l'origine de la demande, ceux d'un organisme public juridiquement distinct de l'Etat étranger, lorsqu'ils faisaient partie d'un patrimoine que celui-ci avait affecté à une activité principale relevant du droit privé, pouvaient être saisis par tous les créanciers, quels qu'ils fussent, de cet organisme. Voir aussi Société Air Zaïre c. Gauthier et van Impe (Cour d'appel de Paria, première chambre, 31 janvier 1984, RGDIP, 1984, p. 977).

Dans certains systèmes juridiques, il faut aussi qu'existe entre la matière considérée et l'Etat du for un lien juridique suffisant pour que les tribunaux de cet Etat puissent envisager une ordonnance de saisie d'un bien appartenant à un Etat étranger qui se trouve situé sur le territoire de l'Etat du for. Voir, par exemple, Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste c. Libyan American Oil Company (LIAMCO) (Suisse, Tribunal fédéral, Première Cour de droit public, 19 juin 1980, International Law Reports, vol. 62, 1982, p. 228).

des fins de service public non commerciales à la date à laquelle est engagée la procédure de saisie ou d'exécution - choisir une date antérieure serait restreindre abusivement la liberté des Etats de disposer de leurs biens. Pour la Commission, il est entendu que les Etats n'encourageront ni ne permettront l'usage abusif que l'on pourrait faire de cette disposition, par exemple en changeant le statut de leurs biens pour éviter une mesure de saisie ou d'exécution. Les mots "à des fins commerciales [non gouvernementales]", qui figuraient dans le texte adopté en première lecture, ont été remplacés par le membre de phrase "autrement qu'à des fins de service public non commerciales", déjà employé à l'article 16.

Paragraphe 2

12) Le paragraphe 2 affirme la nécessité d'un consentement distinct pour l'adoption des mesures de contrainte visées dans la partie IV. En effet, le consentement prévu à l'article 7, dans la partie II, ne porte pas sur les mesures de contrainte mais se limite exclusivement à l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un Etat dans une procédure engagée contre un autre Etat 190/.

190/ Pour plus de précisions sur la pratique judiciaire et conventionnelle des Etats et sur les contrats passés par les gouvernements, voir le septième rapport de l'ancien rapporteur spécial (v. supra note 187), par. 85 à 102. Dans certains paya, en Suisse par exemple, l'exécution repose aur l'existence d'un lien suffisant avec le territoire suisse (Einnenbeziehung). Voir, par exemple, République hellénique c. Walder (1930) (Recueil officiel dessaarrêts du Tribunal fédéral suisse, 1930, vol. 56, p. 237; Annual Digest . . . 1929-1930, Londres, 1935, vol. 5, p. 121, affaire No 78); ainsi que J.-F. Lalive, "Swiss law and practice in relation to measures of execution againat the property of a foreign State", Netherlands Yearbook of International Law, 1979, Alphen aan den Rijn, vol. 10, p. 160; et 1. Sinclair, "The law of aovereign immunity: Recent developmenta", Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1980-II, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1981, t. 167, p. 236. Voir aussi les commentaires de lord Denning dans 1 'affaire Thai-Europe Tapioca Service Ltd. c. Government o f Pakistan Ministry of Food and Agriculture, Directorate Of Agricultural Supplies (1975) (The All England law Reports, 1975, vol. 3, p. 963 et suiv. Sur l'exigence d'un consentement distinct ou d'un deuxième consentement à l'exécution, voir l'arrêt de la Cour d'apoel d'Aix-en-Provence dans Banque d'Etat tchécoslovaque c. Englander (1966) (Annuaire français Je droit international, 1967, Paris, vol. 13, p. 825); toutefois, cet arrêt a été annulé par la Cour de cassation (1969) (Journal du droit international (Clunet), Paris, 96ème année, 1969, p. 923); et Clerget c. Représentation commerciale de la République démocratique du Viet Nam (1969) (Annuaire français de droit international, 1970, vol. 16, p. 931).

Article 19

Catégori . ifiques de biens

1. Les catégories de biens d'Etat suivantes ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens des dispositions de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 18 :

a) Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés aux fins de la mission diplomatique de l'Etat ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations aux organes des organisations internationales ou aux conférences internationales;

b) Les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins militaires;

c) Les biens de la banque centrale ou d'une autorité monétaire de l 'Etat;

d) Les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'Etat ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente;

e) Les biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice des alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 18.

Commentaire

Paragraphe 1

1) L'article 19 vise à protéger certaines catégories de biens, en les excluant de toute présomption de consentement à des mesures de contrainte. Le paragraphe 1 cherche à éviter toute interprétation selon laquelle les biens classés comme appartenant à l'une quelconque des catégories indiquées seraient en fait des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens de l'alinéa 1 c) de l'article 18. Le mot "notamment" donne à entendre que l'énumération qui est faite aux alinéas a) à e) n'est pas exhaustive.

2) Cette protection est jugée nécessaire et opportune, eu égard a la tendance de certaines juridictions à saisir ou à geler les avoirs des Etats

étrangers, notamment les comptes bancaires 191/, les avoirs des banques centrales 192/ ou autres instrumenta legati 193/ et catégories particulières de biens méritant également d'être protégés. Chacune de ces catégories, par définition, doit être considérée comme Etant utilisée ou destinée à être utilisée à des fins publiques d'où est exclue toute considération commerciale.

3) Les biens énumérés à l'alinéa 1 a) sont uniquement des biens utilisés ou destinés à être utilisés au% "fins" des fonctions diplomatiques de l'Etat 194/. Cela exclut manifestement les biens tels que les comptes

---

191/ Voir, par exemple, Birch Shipping Corp. c. Embassy of Tanzania (1980) (Etats-Unis d'Amérique, Federal Supplement, vol. 507 (1981), p. 311, et notamment p. 313); l'arrêt rendu le 13 décembre 1977 par la Cour constitutionnelle fédérale de la République fédérale d'Allemagne dans X c. République des Philippines (Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles .. ., p. 297); et Alcom Ltd. c. Republic of Colombia (1984) [The All England Law Reports, 1984, vol. 2, p. 6). Voir également Banco de la Nación Lima c. Banco Cattolica del Veneto (Suisse, Tribunal fédéral. 21 mars 1984, International Law Reports, vol. 82 (1990), p. 10).

192/ Voir, par exemple, Hispano Americana Mercanti1 S.A. c. Central Bank of Nigeria (1979) (Lloyd's Law Reports, 1979, vol. 2, p. 277; reproduit dans Nations Unies, Documentation concernant les immunités juridictionnelles . . . , p. 449); Re Royal Bank of Canada and Corriveau et al. (1980) (Dominion Law Reports, 3d Series, vol. 117 (1981), p. 199); Libra Bank Ltd c. Banco Nacional de Costa Rica (1982) (Etats-Unis d'Amérique, Federal Reporter, 2d Series, vol. 676 (1982), p. 47); et Trendtex Trading Corporation Ltd c. Central Bank of Nigeria (1977) (The All England Law Reports, 1977, vol. 1, p. 881). Voir également Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste c. Actimon SA (Suisse, Tribunal fédéral. 24 avril 1985, International Law Reports, vol. 82 (1990), p. 30). Cf. Banque Compafina c. Banco de Guatemala et al. (U.S. District Court for the Southern District of New York. 23 mars 1984, International Legal Materials, vol. XXIII (1984), p. 782).

193/ Voir, par exemple, l'affaire de la Légation roumaine (1949) (Revue hellénique de droit international, Athènes, 3ème année, 1950, p. 331); et, dans une affaire concernant un contrat de travail à l'Ambassade de l'Inde à Berne, J. Monnier "Note à l'arrêt de la Première Cour civile du Tribunal fédéral du 22 mai 1984 dans l'affaire S. contre Etat indien", Annuaire suisse de droit international, Zurich, vol. 41, 1985, p. 235.

194/ Voir, par exemple, A1com Ltd. c. République de Colombie (1984) (voir plus haut note 191). Voir également Republic of "A" Embassy Bank Account Case (Autriche, Cour suprême. 3 avril 1986, International Law Reports, vol. 77 (1988), p. 489); M.K c. State Secretary for Justice, Council of State, President of the Judicial Divis on (Pays-Ras, 24 novembre 1986, KG (1987) No 38 AROB tB/S (1986) No 189). Cf. Benamar c. Ambassade de la République algérienne démocratique et popu aire (Italie, Corte di Cassazione, assemblée plenière, 4 mai 1989, 72 Rivista di Diritto Internazionale 416 (1989). The American Journal of International Law, vol. 84 (1990), p. 573).

bancaires ouverts par les ambassades à des fins commerciales 195/.
Des difficultés s'élèvent parfois touchant un "compte mixte" qui est ouvert au nom d'une mission diplomatique, mais qui est utilisé occasionnellement pour le paiement, par exemple, de biens et services entrant dans les dépenses courantes de la mission. La tendance qui semble se dégager de la jurisprudence récente semble être que le solde créditeur qu'un tel compte en banque fait apparaître en faveur de l'Etat étranger ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une ordonnance de saisie émanant du tribunal de l'Etat du for, en raison du caractère généralement non commercial du compte 196/. Cela exclut aussi les biens qui peuvent avoir été, mais ne sont plus, utilisés ou destinés à être utilisés à des fins diplomatiques ou à des fins analogues. Les mots "missions" et "délégations" désignent également les missions permanentes d'observation et les délégations d'observation au sens de la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel 197/.

4) Le mot "militaire", à l'alinéa b) du paragraphe 1, s'applique à la marine, à l'aviation et à l'armée de terre 198/.

195/ Voir, par exemple, Griessen (Suisse, Tribunal fédéral. 23 décembre 1982, International Law Reports, vol. 82 (1990), p. 5).

196/ Voir, par exemple, Benamar c. Ambassade de la République algérienne démocratique et populaire (voir supra note 194); Birch Shipping Corporation c. Ambassade de la République-Unie de Tanzanie (voir supra note 189). Voir, cependant, Republic of "A" Embassy Bank Account Case (voir supra note 194).

197/ La Commission du droit international et son oeuvre (numéro de vente : F.88.V.1), quatrième édition, annexes, p. 265.

198/ Voir, par exemple, Wijsmuller Salvage BV c. ADM Naval Services, (Pays-Bas, Tribunal de district d'Amsterdam, 19 novembre 1987, KG (1987) No 527, S&S (1988) No 69).

5) En ce qui concerne l'alinéa c) du paragraphe 1, le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter les mots "et utilisés à des fins monétaires" à la fin du texte 199/, mais ces mots n'ont pas été inclus faute d'avoir recueilli un appui suffisant 200/.

6) L'alinéa d) du paragraphe 1 protège uniquement les biens définis comme faisant partie du patrimoine culturel de l'Etat ou de ses archives qui sont la propriété de l'Etat 201/. Ces biens bénéficient de la protection prévue par les présents articles quand ils ne sont pas mis en vente ou destinés à l'être.

7) L'alinéa e) du paragraphe 1 étend cette protection aux biens qui font partie d'une exposition d'objets d'intérêt culturel, scientifique ou historique et qui appartiennent à l'Etat 202/. Les biens d'Etat exposés à des fins industrielles ou commerciales ne sont pas visés par cet alinéa.

Paragraphe 2

8) Nonobstant la disposition du paragraphe 2, l'Etat peut renoncer à l'immunité en ce qui concerne tous biens relevant de l'une des catégories spécifiques énumérées ou d'une partie de ces catégories, en réservant ou en affectant ces biens conformement aux dispositions de l'alinéa 1 b) de l'article 18, ou en consentant expressément à l'adoption de mesures de contrainte pour cette catégorie de biens ou une partie de cette catégorie conformément aux dispositions de l'alinéa 1 a) de l'article 18. Une renonciation générale ou une renonciation concernant tous les biens situés sur le territoire de l'Etat du for, qui ne mentionnerait aucune des catégories spécifiques, ne suffirait pas à autoriser des mesures de contrainte à l'égard des biens relevant des catégories énumérées au paragraphe 1.

199/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément No 10 (A/45/10), par. 219.

200/ Ibid., par. 227.

201/ Voir, par exemple, Etat italien c. X et Cour d'appel cantonale de la ville de Bâle (Suisse, Tribunal fédéral. 6 février 1985, International Law Reports, vol. 82 (1990), p. 24).

202/ Voir, par exemple, la note (26.10.1984) de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse (Annuaire suisse de droit internat-, 1985, vol. 41, p. 178).

PARTIE V

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 20

Signification ou notification des actes introductifs d'instance

1. La signification ou la notification d'une assignation ou de toute autre pièce instituant une procédure contre un Etat est effectuée :

a) Conformément à toute convention internationale applicable liant l'Etat du for et l'Etat concerné; ou

b) En l'absence d'une telle convention :

i) Par connnunication adressée par les voies diplomatiques au Ministère des affaires étrangères de l'Etat concerné;

ii) Par tout autre moyen accepté par l'Etat concerné, si la loi de l'Etat du for ne s'y oppose pas.

2. La signification ou la notification par le moyen visé à l'alinéa b) i) du paragraphe 1 est' réputée effectuée par la réception des documents par le Ministère des affaires étrangères.

3. Ces documents sont accompagnés, s'il y a lieu, d'une traduction dans la langue ou l'une des langues officielles de l'Etat concerné.

4. Tout Etat qui comparaît quant au fond dans une procédure intentée contre lui ne peut ensuite exciper de la non-conformité de la signification ou de la notification de l'assignation avec les dispositions des paragraphes 1 et 3.

Commentaire

1) L'article 20 concerne essentiellement les règles de procédure civile des Etats. Il tient compte des difficultés qu'il y aurait à demander aux Etats de modifier ces règles, sans pour autant établir un régime d'assignation trop souple ou trop libéral, qui risquerait d'aboutir à un nombre excessif de jugements rendus par défaut contre l'Etat défendeur. La solution proposée représente un moyen terme de nature à protéger les intérêts de l'Etat défendeur et ceux du particulier requérant.

Paragraphe 1

2) Le paragraphe 1 a pour objet d'indiquer les modes d'assignation à comparaître normalement utilisés lorsqu'une procédure est engagée contre un Etat. Il prévoit trois moyens de procéder à la signification ou à la notification : premièrement, s'il existe une convention internationale

applicable liant l'Etat du for et l'Etat concerné, la signification ou la notification sera effectuée conformément à cette convention. Ensuite, en l'absence d'une telle convention, la signification ou la notification peut être effectuée soit i) par communication adressée par les voies diplomatiques, soit ii) par tout autre moyen accepté par l'Etat concerné. Ainsi, parmi les trois moyens prévus au paragraphe 1, on donne priorité à celui que peut offrir une convention internationale liant les deux Etats. La diversité des moyens disponibles assure un maximum de souplesse, tout en protégeant les intérêts des parties 203/.

Paragraphes 2 et 3

3) Etant donné l'importance pratique de la date à laquelle est effectuée la signification ou la notification, le paragraphe 2 dispose en outre que, en cas de transmission par les voies diplomatiques ou par lettre recommandée, la signification ou la notification est réputée avoir été effectuée le jour de la réception des documents par le Ministère des affaires étrangères.

203/ Cf. Convention européenne sur l'immunité des Etats, art. 16, par. 1 à 3.

En ce qui concerne les dispositions pertinentes de la législation nationale, voir, par exemple, la loi des Etats-Unis sur les immunités des Etats étrangers, United States Foreign Sovereign Immunities Act (art. 1608 a) à d)); la loi britannique sur les immunités des Etats, United Kingdom State Immunity Act (art. 12 1), 2), 3), 6) et 7)); la loi singapourienne sur l'immunité des Etats, Singapore State Immunity Act (art. 14 1), 2), 3), 6) et 7)); l'ordonnance pakistanaise sur l'immunité des Etats, Pakistan State Immunity Ordinance (art. 13 1), 2), 3) et 6)); la loi sud-africaine sur les immunités des Etats étrangers, 5th Africa Foreign States Immunities Act (art. 13 1), 2), 3), 6) et 7); la loi canadienne relative aux immunités dont jouissent les Etats devant les tribunaux canadiens, Canada Act to provide for State immunity in Canadian courts (art. 9); la loi australienne sur l'immunité des Etats étrangers, Australia Foreign States Immunities Act (art. 23 à 26).

En ce qui concerne la pratique judiciaire récente, voir, par exemple, Affaire relative à la contamination de jardins (1) (République fédérale d'Allemagne, cour provinciale (Landgericht) de Bonn, 11 février 1987. International Law Reports, vol. 80 (1989), p. 367); New England Merchants National Bank and Others c. Iran Power Generation and Transmission Company and Others (495 F. Supp., p. 73. U.S. District Court, Southem District, New York. 4 juin 1980, International Law Reports, vol. 63 (1982), p. 408); International Schools Service c. Government of Iran (U.S. District Court, New Jersey. 19 janvier 1981, International law Reports, vol. 63 (1982), p. 550); Velidor c. L/P/G Benghazi (653 F.2d, p. 812, U.S. Court of Appeals, Third Circuit. 30 juin 1981. Reproduit dans International Legal Materials, vol. 21 (1982), p. 621).

Le paragraphe 3, lui, exige que ces documents soient accompagnés, s'il y a lieu, d'une traduction dans la langue ou l'une des langues officielles de l'Etat intéressé. Le Rapporteur spécial a proposé à cet égard d'ajouter à la fin du paragraphe 3 le membre de phrase "ou au moins d'une traduction dans l'une des langues officielles de l'organisation des Nations Unies", de manière que lorsqu'une traduction dans une langue peu utilisée pose un problème à l'autorité effectuant la signification ou la notification, une traduction dans l'une des langues officielleo de l'ONU puisse être acceptée, Mais, cette proposition n'a pas été retenue.

Paragraphe 4

4) Le paragraphe 4 dispose que l'Etat qui comparaît quant au fond, c'est-à-dire sans contester un point de compétence ou de procédure, ne peut par la suite invoquer le non-respect des dispositions des paragraphes 1 et 3 relatives à la signification ou à la notification. La raison de cette règle est évidente. En comparaissant quant au fond, l'Etat défendeur reconnaît effectivement que la procédure engagée contre lui lui a été notifiée en temps voulu. Au départ, l'Etat défendeur a, bien entendu, le droit de comparaître sous réserve ou d'opposer une exception d'incompétence.

Article 21

Jugement par défaut

1. Pour qu'un jugement par défaut puisse être rendu contre un Etat, le tribunal doit s'assurer :

a) que les conditions prévues aux paragraphes 1 et 3 de l'article 20 ont été respectées;

b) qu'il s'est écoulé un délai de quatre mois au moins à partir de la date à laquelle la signification ou la notification de l'assignation ou autre pièce instituant la procédure a été effectuée ou est réputée avoir été effectuée conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 20; et

c) que les présents articles ne lui interdisent pas d'exercer sa juridiction.

2. Une expédition de tout jugement par défaut rendu contre un Etat, accompagnée, s'il y a lieu, d'une traduction dans la langue ou l'une des langues officielles de l'Etat concerné, doit être communiquée à celui-ci par l'un des moyens spécifiés au paragraphe 1 de l'article 20 et conformément aux dispositions dudit paragraphe.

3. Le délai pour former un recours contre un jugement par défaut ne pourra être inférieur à quatre mois et commencera à courir à la date à laquelle l'expédition du jugement a été reçue ou est réputée avoir été reçue par l'Etat concerné.

Commentaire

1) Selon une pratique qui semble constante, il faut apporter la preuve que la procédure de signification de l'acte introductif d'instance a été dûment respectée, et que le délai prescrit a expiré, avant qu'un jugement par défaut faute de comparaître ne puisse être rendu contre un Etat étranger. Il faut en outre que ce jugement, lorsqu'il est rendu par défaut, soit signifié à l'Etat en cause selon la même procédure ou par les mêmes voies que l'acte introductif d'instance 204/.

Paragraphe 1

2) Il ne peut être rendu de jugement par défaut au seul motif qu'un Etat n'a pas comparu devant le tribunal d'un autre Etat. Le tribunal doit, avant de rendre son jugement, établir que certaines conditions ont été remplies.

204/ Cf. Convention européenne sur l'immunité des Etats, article 16, paragraphe 7.

On trouve des dispositions comparables, par exemple dans : la loi des Etats-Unis sur les immunités des Etats étrangers, United States Foreign Sovereign Immunities Act (art. 1608 e)); la loi britannique sur les immunités des Etats, United Kingdom State Immunity Act (art. 12 4) et 5)); la loi singapourienne sur les immunités des Etats, Singapore State Immunity Act (art. 14 4) et 5)); l'ordonnance pakistanaise sur l'immunité des Etats, Pakistan State Immunity Ordinance (art. 13 4) et 5)); la loi sud-africaine relative aux immunités des Etats étrangers, South Africa Foreign States Immunities Act (art, 13 4) et 5)); la loi sud-africaine portant amendement de la loi sur les immunités des Etats étrangers, South Africa Foreign States Immunities Amendment Act de 1988 (art. 13 5)); la loi canadienne sur les immunités dont jouissent les Etats devant les tribunaux canadiens, Canada Act to provide for State immunity in Canadian courts (art. 10); la loi australienne sur les immunités des Etats étrangers, Australia Foreign States Immunities Act (art. 27 et 28).

En ce qui concerne ia pratique judiciaire récente, voir, par exemple : Azeta BV c. République du Chili (Pays-Bas, Tribunal de district de Rotterdam, 5 décembre 1984, Collection de l'Institut No 2334); Murphy c. République du Panama d/b/a Air Panama International (751 F. Suppl., p. 1540, U.S. District Court, S.D. Florida, 12 décembre 1990).

Ces conditions sont énoncées au paragraphe 1. Pour pouvoir demander qu'un jugement par défaut soit rendu contr un Etat, il faut que l'acte introductif d'instance lui ait été dûment signifié ou notifié. Aux termes de l'alinéa a) du paragraphe 1, même si l'Etat défendeur ne comparaît pas, le juge doit s'assurer que la signification ou la notification a été faite en bonne et due forme, conformément aux paragraphes 1 et 3 de l'article 20. L'alinéa b) du paragraphe 1 assure aux Etats une protection accrue en exigeant qu'au moins quatre mois se soient écoulés depuis la date de la signification ou de la notification. Ce délai, qui était de trois mois dans le texte initial, a été porté à quatre mois en deuxième lecture. Bien entendu, le juge peut toujours proroger ce délai minimal de quatre mois si le droit interne le permet.
L'alinéa c) du paragraphe 1 exige en outre que le tribunal établisse d'office que l'Etat en cause ne jouit pas de l'immunité de juridiction.
Cette disposition, qui a été introduite en deuxième lecture pour tenir compte d'une suggestion formulée à la Sixième Commission et appuyée par plusieurs délégations, constitue une importante garantie qui s'inscrit dans le droit fil de la disposition du paragraphe 1 de l'article 6. Le nouvel alinéa c) du paragraphe 1 ne porte toutefois pas sur la question de la compétence de la cour, question qu'il appartient à chaque système juridique de régler.

Paragraphe 2

3) Le paragraphe 2 vise à assurer qu'une expédition de tout jugement par défaut est communiquée à l'Etat conformément à la procédure et par les moyens prévus au paragraphe 1 de l'article 20.

Paragraphe 3

4) Le paragraphe 3 vise à assurer le bon fonctionnement des communications avec l'Etat intéressé et à donner à l'Etat défendeur des possibilités suffisantes de demander qu'un jugement par défaut soit annulé, par voie d'appel ou autrement. Si un délai doit être fixé pour la présentation d'une demande d'annulation du jugement rendu par défaut, un autre délai, dont la durée ne peut être inférieure à quatre mois, doit s'être écoulé avant qu'aucune mesure ne puisse être prise en application du jugement. Ce délai était de trois mois dams le texte adopté en première lecture; il A été porté à quatre mois en deuxième lecture.

Article 22

Privilèges et immunités en cours de procédure devant un tribunal

1. Toute omission ou tout refus par un Etat de se conformer à une décision du tribunal d'un autre Etat lui enjoignant d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte déterminé ou de produire une pièce ou divulguer toute autre information aux fins d'une procédure n'entraîne pas de conséquences autres que celles qui peuvent résulter, quant au fond de l'affaire, de ce comportement. En particulier, aucune amende ou autre peine ne sera imposée à l'Etat en raison d'une telle omission ou d'un tel refus.

2. Un Etat n'est pas tenu de fournir un cautionnement ni de constituer un dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, en garantie du paiement des frais et dépens d'une procédure à laquelle il est partie devant un tribunal d'un autre Etat.

Commentaire

Paragraphe 1

1) L'article 22, qui résulte de la fusion des anciens articles 26 et 27, adoptés à titre provisoire en première lecture, assure à l'Etat, devant les tribunaux d'un autre Etat, l'immunité des mesures de contrainte et les immunités de procédure.

2) Il arrive que les Etats, pour des motifs de sécurité ou de législation nationale, ne puissent pas soumettre certains documents ni divulguer certains renseignements à la justice d'un autre Etat. Il ne faut donc pas qu'ils soient passibles de sanctions parce qu'ils protègent leur sécurité nationale ou observent leur législation nationale. Cela dit, les intérêts légitimes du plaideur privé ne doivent pas être négligés pour autant 205/.

205/ Cf. Convention européenne sur l'immunité des Etats, art. 17 et 18.

Pour les dispositions pertinentes des législations nationales, voir, par exemple : loi australienne sur les immunités des Etats étrangers, Australia Foreign States Immunities Act (art. 29); ordonnance pakistanaise sur les immunités des Etats, Pakistan State Immunity Ordinance (art. 14, 14 2) a), 3) et 4)); loi singapourienne sur les immunités des Etats, Singapore State Immunity Act (art. 15 1), 2), 3) et 5)); loi sud-africaine sur les immunités des Etats étrangers, South Africa Foreign States Immunities Act (art. 14 1) a) et 2)); loi britannique sur les immunités des Etats, United Kingdom State Immunity Act (art. 13 1), 2) a), 3) et 5)).

3) Le paragraphe 1 dispose que ce genre de comportement "n'entraîne pas de conséquences", mais en ajoutant que les conséquences qui peuvent normalement en résulter quant au fond de l'affaire ne sont pas annulées pour autant. Cette disposition réserve l'applicabilité de toute règle de droit interne de l'Etat du for, sans obliger l'autre Etat à fournir des preuves ou à produire des pièces.

4) Les tribunaux sont tenus par les règles de procédure de leur droit interne. Or, selon les règles de procédure interne de nombreux Etats, le refus du plaideur de présenter des preuves, qu'elle qu'en soit la raison, autorise ou même contraint le juge à en tirer des conséquences qui peuvent retentir sur le fond de l'affaire. Les conséquences que les règles de procédure interne de l'Etat du for peuvent ainsi autoriser un juge à tirer ne sont pas considérées comme une sanction. La dernière phrase précise qu'aucune amende ou sanction pécuniaire ne peut être imposée.

Paragraphe 2

5) Les immunités de procédure prévues au paragraphe 2 valent à la fois pour l'Etat requérant et pour l'Etat défendeur. Certaines réserves ont été formuiées au sujet de leur application dans les cas où l'Etat est requérant dans une procédure intentée devant le tribunal d'un autre Etat, car dans certains systèmes la caution judicatum solvi est exigée uniquement du requérant, et non du défendeur.

CHAPITRE III

LE DROIT RELATIF AUX UTILISATIONS DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX A DES FINS AUTRES QUE LA NAVIGATION

A. Introduction 206/

29. La Commission a inscrit le sujet intitulé "Le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation" à son programme de travail à sa vingt-troisième session (1971), en réponse à une recommandation faite par l'Assemblée générale dans sa résolution 2669 (XXV) du 8 décembre 1970.

30. Les travaux commencés par les trois précédents rapporteurs spéciaux ont été poursuivis par M. Stephen C. McCaffrey, qui a été nommé Rapporteur spécial à la trente-septième session de la Commission en 1985.

31. A cette même session 207/, le Rapporteur spécial a soumis un rapport préliminaire dans lequel il faisait l'historique des travaux de la Commission sur le sujet et exposait ses vues préliminaires sur les grandes lignes suivant lesquelles la Commission pourrait poursuivre ses travaux. Il a proposé de s'en tenir d'une manière générale au schéma proposé par les précédents rapporteurs spéciaux pour la suite des projets d'articles, ce qui a été approuvé.

206/ Pour un historique plus complet de la question et un compte rendu plus détaillé des travaux de la Commission sur ce sujet, voir Annuaire ... 1985, vol. 11 (deuxième partie), p. 69 à 72, document A/40/10, par. 268 à 278, et Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément No 10 (A/44/10), par. 621 à 636.

207/ La Commission a reçu le premier rapport du Rapporteur spécial (Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 87, document A/CN.4/393) à sa trente-septième session; son deuxième rapport (A/CN.4/399 et Add.1 et 2) à sa trente-huitième session; son troisième rapport (A/CN.4/406 et Corr.1, A/CN.4/406/Add.1 et Corr.1, et A/CN.4/406/Add.2 et Corr.1) à sa trente-neuvième session; son quatrième rapport (A/CN.4/412, A/CN.4/412/Add.1 et Corr.1 et A/CN.4/412/Add.2 et Corr.1 à 3) à sa quarantième session; son cinquième rapport (A/CN.4/421 et Corr.1 (anglais seulement), Corr.2, Corr.3 (chinois seulement) et Corr.4 et A/CN.4/421/Add.1 et 2) à sa quarante et unième session; et son sixième rapport (A/CN.4/427 et Corr.1 et A/CN.4/427/Add.1) à sa quarante-deuxième session.

32. De la trente-septième session (1985) à la quarante-deuxième session (1990), le Rapporteur spécial a soumis à la Commission six rapports sur la question.

33. A sa trente-neuvième session, la Commission a approuvé la recommandation du Comité de rédaction sur l'article premier et l'emploi du terme "système" 208/ et a adopté provisoirement six articles 209/. A sa quarantième session, en 1988, la Commission a adopté provisoirement 14 articles 210/.

34. A sa quarante-deuxième session, en 1990, la Commission a provisoirement adopté six articles 211/ et renvoyé au Comité de rédaction les articles proposés par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport et dans la première partie de son sixième rapport 212/.

B. Examen du sujet à la présente session

35. A la présente session, la Commission était saisie de la deuxième partie du sixième rapport (A/CN.4/427/Add.1) et du septième rapport (A/CN.4/436 et Corr.1 à 3) du Rapporteur spécial. La deuxième partie du sixième rapport

---

208/ Plus précisément, la Commission a décidé de laisser jusqu'à nouvel ordre de côté la question de l'article premier (Expressions employées) et celle de l'emploi du mot "système", et de poursuivre ses travaux sur la base de l'hypothèse provisoire de travail (acceptée par la Commission à sa trente-deuxième session). Voir Annuaire . . . 1987, vol. II (deuxième partie), p. 26, note 83.

209/ Il s'agit des articles 2 à 7. En fin de première lecture, l'article 3 est devenu l'alinéa c) de l'article 2 et les articles ont été renumérotés. Voir infra, section D.1, et les notes correspondantes. Pour le commentaire de ces articles, voir ibid., p. 26 à 39.

210/ Il s'agit des articles 8 à 21. En fin de première lecture, cetains de ces articles ont été renumérotés. Voir infra, section D.1, et les notes correspondantes. Pour le commentaire de ces articles, voir Annuaire . . . 1988, vol. II (deuxième partie), p. 37 à 58.

211/ Il s'agit des articles 22 à 27. En fin de première lecture, ces articles ont été renumérotés. Voir infra, section D.1, et les notes correspondantes. Pour le commentaire de ces articles, voir Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, auarante-cinauième session, Supplément No 10 (A/45/10), 120 à 146.

212/ Ces articles ont été provisoirement renumérotés articles 24 à 28, paragraphe 1 de l'article 3, et article 4 dans les rapports du Rapporteur spécial. Voir ibid., par. 259 à 304.

contenait un chapitre sur le rbglement des différends qui avait été présenté à la Commission à sa session précédente mais que celle-ci n'avait pu examiner, faute de temps. Afin que la Commission puisse tirer le meilleur parti du temps dont elle disposait, le Rapporteur spécial a proposé de ne pas examiner ce chapitre et recommandé d'axer le débat sur son septième rapport et en particulier sur la question des expressions employées.

36. Le septième rapport présenté par le Rapporteur spécial contenait des chapitres sur la structure de la première partie du projet d'articles et su. les expressions employées. Il présentait aussi deux variantes, A et B, d'un projet d'article [1] [2], relatif aux expressions employées.

37. La Commission a examiné le septième rapport à ses 2213ème à 2218ème séances. A la 2218ème séance, sur la recommandation du Rapporteur spécial, elle a renvoyé l'article [1] [2] au Comité de rédaction.

38. Le septième rapport du Rapporteur spécial traitait principalement de la question de la définition de l'expression "cours d'eau international" et de la notion de cours d'eau en tant que "système" d'eaux. Le Rapporteur spécial a estimé qu'il était important que le projet d'articles en préparation soit fondé sur la réalité hydrologique - à savoir qu'un cours d'eau est un système d'éléments hydrographiques reliés entre eux. Un cours d'eau international pouvait ainsi être défini comme un cours d'eau dont les parties sont situées dans deux ou plusieurs Etats. Il proposait deux variantes, A et B, pour l'article [1] [2], relatif aux expressions employées 213/. Si les définitions

---

213/ Les deux variantes proposées pour l'article [1] [2] (Expressions employées) proposé par le Rapporteur spécial étaient les suivantes :

" A r t i c l e

Expressions employées

Variante A :

Aux fins des présents articles :

a) Un système de cours d'eau est un système d'eaux composé d'éléments hydrographiques, y compris fleuves, rivières, lacs, eaux souterraines et canaux, qui du fait de leurs relations physiques constituent un ensemble unitaire;

(Suite de la note page suivante)

étaient les mêmes dans les deux variantes, les expressions définies étaient légèrement différentes; la variante A employait le terme "système", alors que la variante B ne parlait que de "cours d'eau".

39. Le rapport appelait aussi l'attention sur la question des eaux souterraines, qui constituaient l'un des éléments les plus importants d'un système de cours d'eau. Le Rapporteur spécial a indiqué que ces eaux représentaient 97 % de l'eau douce de la planète, non compris les calottes polaires et les glaciers, alors que l'eau douce des lacs et des cours d'eau représentait moins de 2 % du total. Pour le Rapporteur spécial, le volume des eaux souterraines justifiait à lui seul qu'elles entrent dans le champ d'application du projet.

(Suite de la note 213/)

b) Un système de cours d'eau international est un système de cours d'eau dont des parties se trouvent dans des Etats différents;

c) Un Etat du [système de] cours d'eau est un Etat dans le territoire duquel se trouve une partie d'un système de cours d'eau international.

Variante:

Aux fins des présenta articles :

a) Un cours d'eau est un système d'eaux composé d'éléments hydrographiques, y compris fleuves, rivières, lacs, eaux souterraines et canaux, qui du fait de leurs relations physiques constituent un ensemble unitaire;

b) Un cours d'eau international est un cours d'eau dont des parties se trouvent dans des Etats différents;

c) Un Etat du [système de] cours d'eau est un Etat dans le territoire duquel se trouve une partie d'un cours d'eau international."

40. Dans son rapport, le Rapporteur spécial examinait aussi la question du caractère international relatif d'un cours d'eau 213 bis/. Pour le Rapporteur spécial, ce caractère relatif était incompatible avec l'idée qu'un système de cours d'eau constitue un ensemble unitaire, et il a fait observer qu'en tout état de cause la condition d'un effet effectif ou éventuel pour les autres Etats du cours d'eau se trouvait énoncée dans les articles eux-mêmes. Il proposait donc d 'abandonner, dans la définition du terme "cours d'eau", cette notion de caractère international relatif, désormais inutile.

41. Dans son rapport, le Rapporteur spécial invitait la Commission à se prononcer sur les questions suivantes :

- Le terme "cours d'eau" devait-il, aux fins du projet d'articles, être défini comme un "système" d'eaux ?

---

213 bis/ On se souviendra que la notion de "caractère international relatif d'un cours d'eau" est apparue pour la première fois dans l'hypothèse de travail provisoire acceptée par la Commission en 1980 comme base de ses travaux. Cette hypothèse provisoire de travail était la suivante :

> "Un système de cours d'eau est formé d'éléments hydrographiques tels que fleuves et rivières, lacs, canaux, glaciers et eaux souterraines, constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire; toute utilisation qui a un effet sur les eaux d'une partie du système peut donc avoir un effet sur les eaux d'une autre partie.
>
> Un 'système de cours d'eau international' est un système de cours d'eau dont les éléments sont situés dans deux ou plusieurs Etats.
>
> Dans la mesure où certaines parties des eaux se trouvant dans un Etat ne sont pas affectées par les utilisations des eaux se trouvant dans un autre Etat et n'ont pas d'effet sur ces utilisations, elles ne sont pas considérées comme faisant partie du système de cours d'eau international. Ainsi c'est uniquement dans la mesure où les utilisations des eaux du système ont un effet tes unes sur les autres que le système est international; le caractère international du cours d'eau n'est donc pas absolu mais relatif ."

- Les eaux souterraines devaient-elles être incluses dans la définition du terme "cours d'eau" et, dans l'affirmative, le projet d'articles devait-il s'appliquer tant aux eaux souterraines reliées aux eaux de surface (eaux souterraines "libres") qu'aux eaux souterraines non reliées aux eaux de surface (eaux souterraines "captives"), ou seulement aux eaux souterraines "libres" ?
- Fallait-il considérer, aux fins du projet d'articles, qu'un cours d'eau a un "caractère international relatif" ?

42. Le Rapporteur spécial soulevait aussi la question de l'économie de la première partie du projet d'articles. Il proposait d'inverser l'ordre des articles premier et 2 pour que le projet s'ouvre sur un article consacré à son "champ d'application", qui serait suivi de l'article sur les "expressions employées". Il proposait aussi de faire passer la definition de l'Etat du cours d'eau (ou de système de cours d'eau), déjà adoptée par la Commission, de l'article 3 à l'article sur les expressions employées, cette définition étant étroitement liée à celle du "cours d'eau international" ou du "système de cours d'eau international".

43. Sur les deux derniers points, les membres qui ont abordé la question ont à l'unanimité approuvé la proposition visant à inverser l'ordre des articles premier et 2, de manière que le projet commence par l'article relatif au champ d'application, lequel serait suivi par l'article sur les expressions employées. A aussi été approuvée à l'unanimité la proposition de faire passer la définition de l'"Etat du cours d'eau" de l'article 3 à l'article sur les expressions employées.

44. Sur le point de savoir si le terme "cours d'eau" devait être défini comme un "système" d'eaux, la plupart des membres qui ont abordé la question étaient favorables à l'utilisation de cette notion dans la définition. Selon eux, l'essence de la définition d'un système de cours d'eau était l'interdépendance de ses éléments constitutifs, laquelle faisait du système un ensemble unitaire. De plus, seule une approche d'ensemble d'un cours d'eau international pris en tant que système en mouvement constant permettait de donner pleinement effet au principe de l'utilisation équitable et raisonnable des cours d'eau.

45. Pour certains des membres favorables à la notion de système, la définition devait nkanmoins exprimer l'idée, énoncée dans les Règles d'Helsinki, que les eaux d'un système doivent aboutir en un point commun. Ceci rendrait le projet d'articles plus précis et en circonscrirait le champ d'application dans des limites raisonnables.

46. D'autres membres étaient néanmoins réservés quant à l'emploi de la notion de système dans la définition du cours d'eau : on risquait d'englober toutes les eaux situées dans un territoire donné, et donc d'assujettir la majeure partie des eaux situées dans ce territoire à la réglementation internationale. Adopter cette approche reviendrait à porter atteinte à la souveraineté des Etats et au droit de chaque pays d'utiliser ses ressources en fonction de ses priorités et intérêts nationaux.

47. Un membre a déclaré à ce propos que, un cours d'eau comprenant diverses parties, il appartiendrait aux Etats intéressés de déterminer, par des accords de cours d'eau spécifiques, les parties à soumettre à la régulation des Etats du cours d'eau.

48. En ce qui concerne l'inclusion des eaux souterraines dans la définition du cours d'eau, la majorité des membres qui ont abordé la question y étaient favorables : le volume même des eaux souterraines, la relation de ces eaux avec les eaux des cours d'eau et des lacs et le fait qu'à l'instar des eaux de surface ces eaux sont constamment en mouvement justifiaient amplement leur inclusion dans la définition du cours d'eau. De plus, toute action concernant les eaux souterraines, en particulier les eaux souterraines "libres", risquait d'affecter les utilisations d'un cours d'eau international. Cela dit, pour la plupart des membres qui ont présenté des observations sur la question, seules les eaux souterraines "libres", c'est-à-dire reliées aux eaux de surface, devaient entrer dans la définition. Ces membres estimaient que les eaux souterraines "captives" devaient en être exclues parce qu'elles n'étaient pas reliées physiquement aux eaux de surface et ne faisaient donc pas partie de 1 "'ensemble unitaire". Un membre a toutefois dit qu'il faudrait inclure aussi les eaux souterraines se déplaçant entre deux Etats ou davantage, puisque les mêmes règles étaient applicables.

49. Certains membres ont exprimé des réserves s'agissant d'inclure les eaux souterraines dans le champ d'application du projet d'articles. Selon eux, on risquait, ce faisant, d'assujettir presque toutes les eaux du territoire de certains Etats à la réglementation internationale. Or tel n'était pas l'intention du projet d'articles en préparation.

50. Pour d'autres membres, bien que tous les éléments d'un cours d'eau international puissent être considérés comme un ensemble unitaire aux fins du projet d'articles, il n'en fallait pas moins élaborer des règles particulières pour les eaux souterraines, même si celles-ci faisaient partie du cycle hydrologique. Selon ces membres, le projet d'articles traitait au premier chef des eaux de surface et ne contenait aucune disposition axée sur les caractéristiques particulières des eaux souterraines. Ils proposaient donc que les eaux souterraines, et notamment les eaux souterraines captives, fassent l'objet d'un régime distinct.

51. Selon une autre opinion, il serait difficile, si la définition du "cours d'eau" englobait les eaux souterraines, de "déterminer par la simple observation dans la grande majorité des cas" si des parties d'un cours d'eau étaient situées dans des Etats différents 214/.

52. Quant à savoir si, aux fins du projet d'articles, il fallait considérer qu'un cours d'eau avait un "caractère international relatif", bon nombre des membres qui ont pris la parole sur ce point pensaient comme le Rapporteur spécial que la notion de "caractère international relatif" d'un cours d'eau, contenue dans l'hypothèse de travail provisoire adoptée en 1980 par la Commission, n'était pas nécessaire et ne ferait que compliquer l'application des articles. De plus, cette notion créerait une incertitude. Si l'on adoptait la notion de "système de cours d'eau", l'utilisation de tous les éléments constituant le "système" devait à l'évidence être réglementée d'une manière qui ne porte pas préjudice aux autres Etats du cours d'eau ni au cours d'eau lui-même. En outre, la notion ne s'imposait plus, car des garanties suffisantes avaient été incorporées dans les projets d'articles eux-mêmes et la notion de relativité du caractère international d'un cours d'eau était ainsi devenue superflue.

214/ Voir commentaire de l'article 3, Annuaire ... 1987, vol. II (deuxième partie), p. 27. En fin de première lecture, l'article 3 est devenu l'alinéa c) de l'article 2.

53. Néanmoins, selon plusieurs membres, il ressortait de l'hypothèse provisoire de travail adoptée par la Commission qu'un système n'était international que dans la mesure où les utilisations de ses eaux avaient un effet les unes sur les autres. Un cours d'eau n'avait donc pas un caractère international absolu, mais bien un caractère international relatif. Le paragraphe sur le caractère international relatif d'un cours d'eau visait selon ces membres à mettre les Etats riverains à l'abri de tout élargissement excessif ou indu du champ d'application du projet d'articles.

54. Le Rapporteur spécial, résumant le débat sur son septième rapport, a estimé qu'une nette préférence en faveur de l'utilisation de la notion de "système" s'était fait jour lors du débat.

55. Sur la question des eaux souterraines, il a conclu que le débat avait clairement montré que les eaux souterraines devaient être incluses dans le champ d'application des articles, du moins dans la mesure où ces eaux communiquaient avec des eaux de surface. Le fait que les eaux souterraines étaient lourdement mises à contribution pour satisfaire les besoins en eau potable qui, avec la poursuite de la croissance démographique, augmenteraient de façon spectaculaire dans un proche avenir, militait en faveur de cette approche. De plus, les eaux de surface polluées risquaient de contaminer les nappes aquifère8 et inversement, rendant ces ressources inutilisables pour l'homme. Le débat avait montré qu'au moins certains types d'eaux souterraines devaient être incluses dans la notion de système de cours d'eau.

56. Quant à savoir s'il fallait considérer que les cours d'eau ont un caractère international relatif, le Rapporteur spécial a fait observer que si la notion de relativité devait être retenue dans le projet d'articles, elle en compromettrait gravement l'application. Par exemple, un Etat ne saurait s'il est un Etat du cours d'eau qu'à partir du moment où il serait établi que certaines parties des eaux situées sur son territoire étaient affectées par des utilisations des eaux dans un autre Etat, ou affectaient ces utilisations. Pour le Rapporteur spécial, il serait difficile aux Etats du cours d'eau de s'acquitter des diverses obligations et de jouir de certains des droits énoncés dans le projet d'articles. Selon lui, le débat avait clairement montré qu'il ne fallait pas inclure la notion du caractère international relatif d'un cours d'eau dans la définition de l'expression "cours d'eau international" ou "système de cours d'eau international".

57. De sa 2228ème à sa 2231ème séance, la Commission, après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction, a provisoirement adopté en première lecture les projets d'articles suivants : 2 (Expressions employées); 10 (Rapport entre les utilisations); 26 (Gestion); 27 (Régulation); 28 (Installations); 29 (Cours d'eau internationaux et installations en période de conflit armé); et 32 (Non-discrimination) 215/. La Commission a aussi adopté les projets d'articles 30 (Procédures indirectes) et 31 (Données et informations vitales pour la défense ou la sécurité nationales), qui étaient des versions révisées et renumérotées de deux articles précédemment adoptés, à savoir les projets d'articles 20 et 21. A sa 2231ème séance, la Commission a adopté l'ensemble du projet d'articles en première lecture. Il est reproduit infra à la section D. 1.

58. A sa 2237ème séance, la Commission du droit international, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, a décidé de transmettre aux gouvernements des Etats Membres, par l'intermédiaire du Secrétaire général, le projet d'articles reproduit dans la section D. 1 du présent chapitre, pour commentaires et observations, en le priant d'adresser ces commentaires et observations au Secrétaire général avant le ler janvier 1993.

C. Hommage au Rapporteur spécial, M. Stephen C. McCaffrey

59. A sa 2231ème séance, le 27 juin 1991, la Commission, après avoir adopté le texte des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, a adopté par acclamation la résolution suivante :

"La Commission du droit international,

Ayant adopté à titre provisoire le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation,

Tient à exprimer au Rapporteur spécial, M. Stephen McCaffrey, sa profonde reconnaissance pour la remarquable contribution qu'il a apportée à l'élaboration du sujet par son travail savant et sa vaste expérience, qui ont permis à la Commission de mener à bien son examen en première lecture du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation."

215/ Le texte de ces articles et les commentaires y relatifs sont reproduits infra à la section D. 2.

D. Projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation

1. Texte des articles adoptés provisoirement par la Commission en première lecture

PREMIERE PARTIE

INTRODUCTION

Article premier 216/

Champ d'application des présents articles

1. Les présents articles s'appliquent aux utilisations des cours d'eau internationaux et de leurs eaux à des fins autres que la navigation, et aux mesures de conservation liées aux utilisations de ces cours d'eau et de leurs eaux.

2. Les présents articles ne s'appliquent à l'utilisation des cours d'eau internationaux aux fins de la navigation que dans la mesure où d'autres utilisations ont une incidence sur la navigation ou sont affectées par elle.

Article 2 217/

Expressions employées

Aux fins des présents articles :

a) l'expression "cours d'eau international" s'entend d'un cours d'eau dont des parties se trouvent dans des Etats différents;

b) l'expression "cours d'eau" s'entend d'un système d'eaux de surface et souterraines constituant du fait de leurs relations physiques un ensemble unitaire et aboutissant à un point d'arrivée commun;

c) l'expression "Etat du cours d'eau" s'entend d'un Etat dans le territoire duquel se trouve une partie d'un cours d'eau international.

216/ Initialement adopté en tant qu'article 2. Pour le commentaire, voir Annuaire... 1987, vol. II (deuxième partie), p. 26.

217/ L'alinéa **c)** a été initialement adopté en tant qu'article 3. Pour le commentaire, voir ibid., p. 27. Pour le commentaire des alinéas **a)** et **b)**, voir infra, section D. 2.

Article 3 218/

Accords de cours d'eay

1. Les Etats du cours d'eau peuvent conclure un ou plusieurs accords, ci-après dénommés "accords de cours d'eau", qui appliquent et adaptent les dispositions des présents articles aux caractéristiques et aux utilisations d'un cours d'eau international particulier ou d'une partie d'un tel cours d'eau.

2. Lorsqu'un accord de cours d'eau est conclu entre deux ou plusieurs Etats du cours d'eau, il doit définir les eaux auxquelles il s'applique. Un tel accord peut être conclu pour un cours d'eau international tout entier, ou pour une partie quelconque d'un tel cours d'eau, ou pour un projet ou un programme particulier, ou pour une utilisation particulière, sous réserve que cet accord ne porte pas atteinte, de façon sensible, à l'utilisation des eaux du cours d'eau par un ou plusieurs autres Etats du cours d'eau.

3. Lorsqu'un Etat du cours d'eau estime qu'il est nécessaire d'adapter ou d'appliquer les dispositions des présents articles en raison des caractéristiques et des utilisations d'un cours d'eau international particulier, les Etats du cours d'eau se consultent en vue de négocier de bonne foi dans le but de conclure un accord ou des accords de cours d'eau.

Article 4 219/

Parties aux accords de cours d'eau

1. Tout Etat du cours d'eau a le droit de participer à la négociation de tout accord de cours d'eau qui s'applique au cours d'eau international tout entier et de devenir partie à un tel accord, ainsi que de participer à toutes consultations appropriées.

2. Un Etat du cours d'eau dont l'utilisation du cours d'eau international risque d'être affectée de façon sensible par la mise en oeuvre d'un éventuel accord de cours d'eau ne s'appliquant qu'à une partie du cours d'eau ou à un projet ou programme particulier, ou à une utilisation particulière, a le droit de participer à des consultations sur cet accord et à sa négociation, dans la mesure où son utilisation en serait affectée, et d'y devenir partie.

218/ Initialement adopté en tant qu'article 4. Pour le commentaire, voir Annuaire... 1987, vol. II (deuxième partie), p. 28.

219/ Initialement adopté en tant qu'article 5. Pour le commentaire, voir ibid., p. 31.

DEUXIEME PARTIE

PRINCIPES GENERAUX

Article 5 220/

Utilisation et participation équitables et raisonnables

1. Les Etats du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. En particulier, un cours d'eau international sera utilisé et mis en valeur par les Etats du cours d'eau en ayant en vue de parvenir à l'utilisation et aux avantages optimaux compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau.

2. Les Etats du cours d'eau participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, comme prévu dans les présents articles.

Article 6 221/

Facteurs pertinents à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable

1. L'utilisation de manière équitable et raisonnable d'un cours d'eau international, au sens de l'article 5, implique la prise en considération de tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

a) les facteurs géographiques, hydrographiques, hydrologiques, climatiques, écologiques et autres facteurs de caractère naturel;

b) les besoins économiques et sociaux des Etats du cours d'eau concernés;

c) les effets de l'utilisation ou des utilisations du cours d'eau dans un Etat du cours d'eau sur d'autres Etats du cours d'eau;

d) les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau;

e) la conservation, la protection, la mise en valeur et l'économie dans l'utilisation des ressources en eau du cours d'eau et les coûts des mesures prises à cet effet;

220/ Initialement adopté en tant qu'article 6. Pour le commentaire, voir ibid., p. 32.

221/ Initialement adopté en tant qu'article 7. Pour le commentaire, voir ibid., p. 37.

f) l'existence d'autres options, de valeur correspondante, par rapport à une utilisation particulière actuelle ou envisagée.

2. Dans l'application de l'article 5 ou du paragraphe 1 du présent article, les Etats du cours d'eau concernés engagent, si besoin est, des consultations dans un esprit de coopération.

Article 7 222/

Obligation de ne pas causer de dommages appréciables

Les Etats du cours d'eau utilisent le cours d'eau international de manière à ne pas causer de dommages appréciables aux autres Etats du cours d'eau.

Article 8 223/

Obligation générale de coopérer

Les Etats du cours d'eau coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale et de l'avantage mutuel, en vue de parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate du cours d'eau international.

Article 9 224/

Echange régulier de données et d'informations

1. En application de l'article 8, les Etats du cours d'eau échangent régulièrement les données et les informations normalement disponibles sur l'état du cours d'eau, en particulier celles d'ordre hydrologique, météorologique, hydrogéologique et écologique, ainsi que les prévisions s'y rapportant.

2. S'il est demandé par un Etat du cours d'eau à un autre Etat du cours d'eau de fournir des données ou des informations qui ne sont pas normalement disponibles, cet Etat s'emploie au mieux de ses moyens à accéder à cette demande mais il peut subordonner son acquiescement au paiement, par l'Etat auteur de la demande, du coût normal de la collecte et, le cas échéant, de l'élaboration de ces données ou informations.

222/ Initialement adopté en tant qu'article 8. Pour le commentaire, voir Annuaire... 1988, vol. II (deuxième partie), p. 37.

223/ Initialement adopté en tant qu'article 9. Pour le commentaire, voir ibid., p. 43.

224/ Initialement adopté en tant qu'article 10. Pour le commentaire, voir ibid., p. 45.

3. Les Etats du cours d'eau s'emploient au mieux de leurs moyens à collecter et, le cas échéant, à élaborer les données et informations d'une manière propre à faciliter leur utilisation par les autres Etats du cours d'eau auxquels elles sont communiquées.

Article 10 225/

Rapport entre les utilisations

1. En l'absence d'accord ou de coutume à l'effet contraire, aucune utilisation d'un cours d'eau international n'a priorité en soi sur d'autres utilisations.

2. En cas de conflit entre des utilisations d'un cours d'eau international, le conflit sera résolu eu égard aux principes et aux facteurs énoncés aux articles 5 à 7, une attention spéciale étant accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels.

TROISIEME PARTIE

MESURES PROJETEES

Article 11 226/

Renseignements sur les mesures projetées

Les Etats du cours d'eau échangent des renseignements et se consultent au sujet des effets éventuels des mesures projetées sur l'état d'un cours d'eau international.

Article 12 227/

Notification des mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs

Avant qu'un Etat du cours d'eau ne mette en oeuvre ou ne permette que soient mises en oeuvre des mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs appréciables pour les autres Etats du cours d'eau, il en donne notification à ces derniers en temps utile. La notification est accompagnée des données techniques et informations disponibles afin de mettre les Etats auxquels elle est adressée à même d'évaluer les effets éventuels des mesures projetées.

225/ Pour le commentaire, voir infra, section D, 2.

226/ Pour le commentaire, voir Annuaire... 1988, vol. II (deuxième partie), p. 48.

227/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 49.

Article 13 228/

Délai de réponse à la notification

A moins qu'il n'en soit convenu autrement, tout Etat du cours d'eau qui donne notification en vertu de l'article 12 laisse aux Etats auxquels la notification est adressée un délai de six mois pour étudier et évaluer les effets éventuels des mesures projetées et pour lui communiquer leurs conclusions.

Article 14 229/

Obligations de l'Etat auteur de la notification durant le délai de réponse

Durant la période visée à l'article 13, l'Etat auteur de la notification coopère avec les Etats auxquels la notification a été adressée en leur fournissant, sur demande, toutes données et informations supplémentaires disponibles et nécessaires à une évaluation précise, et ne met pas en oeuvre ou ne permet pas que soient mises en oeuvre les mesures projetées sans le consentement des Etats auxquels la notification a été adressée.

Article 15 230/

Réponse à la notification

1. Tout Etat auquel la notification a été adressée communique ses conclusions à l'Etat qui en est l'auteur aussitôt que possible.

2. Si l'Etat auquel la notification a été adressée conclut que la mise en oeuvre des mesures projetées serait incompatible avec les dispositions des articles 5 ou 7, il communique cette conclusion à l'Etat auteur de la notification dans le délai visé à l'article 13, accompagnée d'un exposé documenté expliquant les raisons de ladite conclusion.

228/ Pour le commentaire, vol ibid., p. 52.

229/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 53.

230/ Pour le commentaire, voir ibid.

Article 16 231/

Absence de réponse à la notification

Si, dans le délai visé à l'article 13, l'Etat auteur de la notification ne reçoit aucune communication conformément au paragraphe 2 de l'article 15, il peut, sous réserve des obligations qui lui incombent en vertu des articles 5 et 7, procéder à la mise en oeuvre des mesures projetées, conformément à la notification et à toutes autres données et informations fournies aux Etats auxquels la notification a été adressée.

Article 17 232/

Consultations et négociations concernant les mesures projetées

1. Si une communication est faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 15, l'Etat auteur de la notification et l'Etat auteur de la communication engagent des consultations et des négociations en vue de résoudre la situation d'une manière équitable.

2. Les consultations et négociations se déroulent selon le principe que chaque Etat doit de bonne foi tenir raisonnablement compte des droits et des intérêts légitimes de l'autre Etat.

3. Au cours des consultations et des négociations, l'Etat auteur de la notification s'abstient, si l'Etat auquel la notification a été adressée le lui demande au moment où il fait la connnunication, de mettre en oeuvre ou de permettre que soient mises en oeuvre les mesures projetées pendant une période ne dépassant pas six mois.

Article 18 233/

océdures en cas d'absence de notification

1. Si un Etat du cours d'eau a de sérieuses raisons de penser qu'un autre Etat du cours d'eau projette des mesures qui peuvent avoir des effets négatifs appréciables pour lui, il peut demander à cet autre Etat d'appliquer les dispositions de l'article 12. La demande doit être accompagnée d'un exposé documenté expliquant les raisons de cette position.

231/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 54.

232/ Pour le commentaire, voir ibid.

233/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 56.

2. Au cas où l'Etat qui projette ces mesures conclurait néanmoins qu'il n'est pas tenu de donner notification en vertu de l'article 12, il en informera l'autre Etat en lui adressant un exposé documenté expliquant les raisons de sa conclusion. Si cette conclusion ne satisfait pas l'autre Etat, les deux Etats doivent, à la demande de cet autre Etat, engager promptement des négociations et des consultations de la manière indiquée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 17.

3. Au cours des consultations et des négociations, l'Etat qui projette les mesures s'abstient, si l'autre Etat le lui demande au moment de la demande d'ouverture de consultations et de négociations, de mettre en oeuvre ou de permettre que soient mises en oeuvre ces mesures pendant une période ne dépassant pas six mois.

Article 19 234/

Mise en oeuvre d'urgence des mesures projetées

1. Au cas où la mise en oeuvre des mesures projetées serait d'une extrême urgence pour la protection de la santé ou de la sécurité publiques, ou d'autres intérêts également importants, l'Etat qui projette ces mesures pourra, sous réserve des articles 5 et 7, procéder immédiatement à leur mise en oeuvre, nonobstant les dispositions de l'article 14 et du paragraphe 3 de l'article 17.

2. En pareil cas, une déclaration formelle proclamant l'urgence des mesures considérées, accompagnée des données et informations pertinentes, est communiquée aux autres Etats du cours d'eau visés à l'article 12.

3. L'Etat qui projette les mesures engage promptement, à la demande de l'un quelconque des Etats visés au paragraphe 2, des consultations et des négociations avec lui, de la manière indiquée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 17.

QUATRIEME PARTIE

PROTECTION ET PRESERVATION

Article 20 235/

Protection et préservation des écosystèmes

Les Etats du cours d'eau, séparément ou conjointement, protègent et préservent les écosystèmes des cours d'eau internationaux.

234/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 57.

235/ Initialement adopté en tant qu'article 22. Pour le commentaire, voir Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément No 10 (A/45/10), p. 120.

Article 21 236/

Prévention, réduction et maîtrise de la pollution

1. Aux fins des présents articles, on entend par "pollution d'un cours d'eau international" toute modification préjudiciable de la composition ou de la qualité des eaux d'un cours d'eau international résultant directement ou indirectement d'un comportement humain.

2. Les Etats du cours d'eau, séparément ou conjointement, préviennent, réduisent et maîtrisent la pollution d'un cours d'eau international qui risque de causer un dommage appréciable à d'autres Etats du cours d'eau ou à leur environnement, y compris un dommage à la santé ou à la sécurité de l'homme, à l'utilisation de l'eau à des fins bénéfiques ou aux ressources vivantes du cours d'eau. Les Etats du cours d'eau prennent des mesures pour harmoniser leurs politiques à cet égard.

3. A la demande de l'un quelconque d'entre eux, les Etats du cours d'eau se consultent en vue d'établir des listes de substances dont l'introduction dans les eaux d'un cours d'eau international devrait être interdite, limitée, étudiée ou contrôlée.

Article 22 237/

Introduction d'espèces étrangères ou nouvelles

Les Etats du cours d'eau prennent toutes les mesures nécessaires pour prévenir l'introduction d'espèces étrangères ou nouvelles dans un cours d'eau international, qui risquent d'avoir des effets préjudiciables pour l'écosystème du cours d'eau, engendrant un dommage appréciable pour d'autres Etats du cours d'eau.

Article 23 238/

Protection et préservation du milieu marin

Les Etats du cours d'eau, séparément ou conjointement, prennent toutes les mesures se rapportant à un cours d'eau international qui sont nécessaires pour protéger et préserver le milieu marin, y compris les estuaires, en tenant compte des règles et normes internationales généralement acceptées.

236/ Initialement adopté en tant qu'article 23. Pour le commentaire, voir ibid., p. 130.

237/ Initialement adopté en tant qu'article 24. Pour le commentaire, voir ibid, p. 137.

238/ Initialement adopté en tant qu'article 25. Pour le commentaire, voir ibid, p. 139.

CINQUIEME PARTIE

CONDITIONS DOMMAGEABLES ET CAS D'URGENCE

Article 24 239/

' tion et atténuation des conditions dommageables

Les Etats du cours d'eau, séparément ou conjointement, prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir ou atténuer les conditions, résultant de causes naturelles ou de comportements humains, qui risquent d'être dommageables pour d'autre6 Etats du cours d'eau, telles que les conditions liées aux inondation6 ou aux glaces, les maladies à transmission hydrique, l'envasement, l'érosion, l'intrusion d'eaux salées, la sécheresse ou la désertification.

Article 25 240/

Cas d'urgence

1. Aux fins du présent article, le terme "urgence" s'entend des situations qui causent, ou menacent de façon imminente de causer, un dommage grave aux Etats du cours d'eau ou à d'autre6 Etats et qui sont brusquement provoquée6 par des cause6 naturelles, telle6 que les inondations, la débâcle, les éboulements ou les tremblements de terre, ou des comportement6 humains, comme par exemple en ca6 d'accident6 industriels.

2. Tout Etat du cours d'eau informe sans délai et par les moyens les plus rapides disponibles les autres Etats qui risquent d'être touchés, ainsi que les organisations internationales compétentes, de toute situation d'urgence survenant sur son territoire.

3. Tout Etat du cours d'eau sur le territoire duquel survient une situation d'urgence prend immédiatement, en coopération avec les Etat6 qui risquent d'être touchés et, le cas échéant, les organisation6 internationales compétentes, toutes les mesures possibles en pratique dictée6 par les circonstances pour prévenir, atténuer et éliminer les conséquences dommageable6 de la situation d'urgence.

4. En cas de nécessité, les Etat6 du cour6 d'eau élaborent conjointement des plans d'urgence pour faire face aux situations d'urgence, en coopération, le cas échéant, avec les autres Etat6 qui risquent d'être touchés et les organisation6 internationales compétentes.

239/ Initialement adopté en tant qu'article 26. Pour le commentaire, voir ibid, p. 141.

240/ Initialement adopté en tant qu'article 27. Pour le commentaire, voir ibid, p. 143.

SIXIEME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 26 241/

Gestion

1. Sur la demande de l'un quelconque d'entre eux, les Etats du cours d'eau entameront des consultations sur la gestion d'un cours d'eau international, y compris éventuellement la création d'un mécanisme mixte de gestion.

2. Aux fins du présent article, on entend par "gestion", en particulier :

a) le fait de planifier la mise en valeur durable d'un cours d'eau international et le fait d'assurer l'exécution des plan6 qui auront pu ètre adoptès; et

b) le fait de promouvoir de toute autre manière l'utilisation, la protection et le contrôle du cours d'eau dan6 de6 condition6 rationnelle6 et optimales.

Article 27 242/

Régulation

1. Les Etats du cours d'eau coopèrent selon que de besoin pour répondre à la nécessité ou se prévaloir de6 possibilités de réguler le débit des eaux d'un cours d'eau international.

2. A moins qu'ils n'en soient convenus autrement, les Etats du cours d'eau participent sur une base équitable à la construction et à l'entretien ou au financement des ouvrage6 de régulation qu'ils ont pu convenir d'entreprendre.

3. Aux fins du présent article, on entend par "régulation" l'utilisation d'ouvrages hydraulique6 ou toute autre mesure employé6 de façon continue pour modifier, faire varier ou contrôler d'une autre manière le débit des eaux d'un cours d'eau international.

241/ Pour le commentaire, voir infra, section D.2.

242/ Ibid.

Article 28 243/

Installations

1. Les Etats du cours d'eau, à l'intérieur de leurs territoires respectifs, s'emploient au miew de leurs moyen6 à assurer l'entretien et la protection de6 installation6, aménagements et autres ouvrage6 liés à un cours d'eau international.

2. Sur la demande de l'un quelconque d'entre eux qui est sérieusement fondé à croire qu'il risque de subir des effets négatifs appréciables, les Etats du cours d'eau entameront des consultations concernant :

a) le bon fonctionnement ou entretien des installations, aménagements ou autres ouvrage6 liés à un cours d'eau international; ou

b) la protection des installations, aménagement6 Ou autre6 ouvrages contre les acte6 intentionnels ou de négligence ou les forces de la nature.

Article 29 244/

Cours d'eau internationaux et installations en période de conflit armé

Les cours d'eau internationaux et les installations, aménagement6 et autres ouvrages connexes bénéficierorlt de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicable6 aux conflit6 armés internationaux et interne6 et ne seront pas utilisés en violation de ces principe6 et règles.

Article 30 245 /

Procédures indirectes

Dans les cas où il existe des obstacles sérieux à l'établissement de contacts direct6 entre Etats du cours d'eau, les Etats concerné6 s'acquittent de leurs obligations de coopération prévues dans le6 présents articles, y compris échange de données et d'informations, notification, communication, consultations et négociations, par le biais de toute procédure indirecte acceptée par eux.

243/ Ibid.

244/ Ibid.

245/ Cet article, initialement adopté en tant qu'article 21, a été transféré à la sixième partie et remanié de manière à être applicable à l'ensemble du projet d'articles. Il a notamment été révisé de manière à prévoir des moyens indirects de s'acquitter de toute la gamme d'obligations de procédure énoncées dans le projet d'articles. Le commentaire de 1 'ancien article 21 demeure valable pour l'article 30. On en trouvera le texte dans Annuaire ... 1988, vol. II (deuxième partie), p. 58.

Article 31 246 /

Données et informations vitales pour la défense ou la sécurité nationales

Aucune disposition des présents articles n'oblige un Etat du cours d'eau à fournir des données ou des informations vitales pour sa défense ou sa sécurité nationales. Néanmoins, cet Etat devra coopérer de bonne foi avec les autres Etats du cours d'eau en vue de fournir autant d'informations que possible eu égard aux circonstances.

Article 32 247/

Non-discrimination

Les Etats du cours d'eau ne feront pas de discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence dans l'octroi de l'accès aux procédures juridictionnelles et autres, conformément à leur droit interne, à toute personne physique ou morale qui a subi un dommage appréciable résultant d'une activité liée à un cours d'eau international ou qui est exposée à la menace d'un tel dommage.

2. Texte des projets d'articles 2, 10, 26 à 29 et 32, avec les commentaires y relatifs, adoptés provisoirement par la Commission à sa quarante-troisième session

PARTIE I

INTRODUCTION

...

Article 2

Expressions employées

Aux fins des présents articles :

a) l'expression "cours d'eau international" s'entend d'un cours d'eau dont des parties se trouvent dans des Etats différents;

b) l'expression "cours d'eau" s'entend d'un système d'eaux de surface et souterraines constituant du fait de leurs relations physiques un ensemble unitaire et aboutissant à un point d'arrivée commun;

c) l'expression "Etat du cours d'eau" s'entend d'un Etat dans le territoire duquel se trouve une partie d'un cours d'eau international.

246/ Initialement adopté en tant qu'article 20. Pour le commentaire, voir ibid., p. 57.

247/ Pour le commentaire, voir infra, section D.2.

Commentaire

1) L'article 2 définit certains termes employés dans l'ensemble du projet d'articles. Les termes qui ne sont utilisés que dans un seul article sont définis dans l'article où ils apparaissent.

2) L'alinéa a) définit le "cours d'eau international", expression qui est employée dans le titre même du sujet et dans tout le projet d'articles. L'élément essentiel est ici l'adjectif "international", le terme "cours d'eau" étant défini à l'alinéa b). L'alinéa a) précise que, pour qu'un cours d'eau soit considéré comme "international", il faut que des parties de ce cours d'eau se trouvent dans des Etats différents. Comme indiqué dans le commentaire sur l'ancien article 3, devenu l'alinéa c) du présent article, la question de savoir si des parties d'un cours d'eau se trouvent dans différents Etats "dépend de facteurs physiques dont l'existence peut être déterminée par la simple observation dans la grande majorité des cas" 248/. L'exemple le plus fréquent est celui d'une rivière ou d'un courant qui constitue ou traverse une frontière, ou d'un lac qu'une frontière traverse. Les mots "se trouvent" ne signifient pas que les eaux en question soient immobiles. Comme il ressort de la définition qui est donnée du "cours d'eau" à l'alinéa b), alors que le canal, le lac, le lit ou la nappe aquifère sont eux-mêmes immobiles, l'eau qu'ils contiennent est en mouvement constant.

3) Selon un membre de la Commission, il serait plus exact de dire que les cours d'eau visés dans les présents articles sont "multinationaux" ou "plurinationaw", vu que d'après lui le mot "international" sous-entend que les eaux en question sont soumises à une gestion commune.

4) L'alinéa b) définit le terme "cours d'eau". Bien que ce terme ne soit employé dans le projet d'articles qu'accompagné d'un autre mot (par exemple, "cours d'eau international", "Etat du cours d'eau" ou "accords de cours d'eau"), il est ici défini séparément pour plus de clarté et de précision. L'expression "cours d'eau international" étant définie à l'alinéa a) comme désignant un "cours d'eau" doté de certaines caractéristiques géographiques, il paraît nécessaire de préciser le sens exact du terme "cours d'eau".

248/ Annuaire . . . 1987, vol. II (deuxième partie), p. 27.

5) Le "cours d'eau" est défini comme étant un "système d'eaux de surface et souterraines". On entend par là un système hydrologique composé d'un certain nombre d'éléments où l'eau s'écoule, que ce soit à la surface OU dans le sous-sol. Ces éléments comprennent les rivières, les lacs, les nappes, les glaciers, les réservoirs et les canaux. Du moment que ces éléments sont reliés entre eux, ils font partie du cours d'eau. C'est ce que signifie le membre de phrase ". . . constituant du fait de leurs relations physiques un ensemble unitaire". Par exemple, l'eau d'un courant peut pénétrer dans le sol sous-jacent, s'étendre au-delà des limites du courant, puis y réapparaître, passer dans un lac qui se déverse dans une rivière, être détournée dans un canal et dirigée vers un réservoir, etc. Comme les eaux de surface et les eaux Souterraines forment un système et constituent un ensemble unitaire du fait de leurs relations physiques, l'intervention humaine à tel ou tel point du système peut avoir des conséquences en un autre point. L'unité du système a aussi pour conséquence que le terme "cours d'eau" ne s'applique pas aux eaux souterraines "captives", c'est-à-dire aux eaux qui ne sont pas liées aux eaux de surface. Certains membres de la Commission étaient cependant d'avis de faire entrer ces eaux souterraines dans la définition du "cours d'eau", à condition que la nappe contenant ces eaux fût traversée par une frontière. Il a également été proposé que la Commission étudie à part les eaux souterraines captives, en vue d'élaborer à ce sujet des projets d'articles.

6) Certains membres de la Commission doutaient que les canaux dussent faire partie des éléments du cours d'eau, vu que selon eux le projet avait été conçu à partir du "cours d'eau" en tant que phénomène naturel.

7) L'alinéa b) exige aussi que, pour constituer un "cours d'eau" aux fins des articles, le système d'eaux de surface et d'eaux souterraines aboutisse à un "point d'arrivée commun". Cette condition a été ajoutée dans le but de placer une certaine limite à la portée géographique des articles. Par exemple, le fait que deux bassins de drainage différents soient reliés par un canal ne Suffira pas à en faire un "cours d'eau" aux f ins des articles.

8) Comme indiqué plus haut, la définition de l'"Etat du cours d'eau", qui se trouvait auparavant à l'article 3, a été placée sans autre modification à l'alinéa c) de l'article 2, de façon à réunir dans un seul article, consacré aux expressions employées, les définitions des termes qui apparaissent dans l'ensemble des articles.

9) La notion de "système de cours d'eau" n'est pas nouvelle. L'expression (on trouve aussi "réseau fluvial" ou "bassin fluvial") est utilisée depuis longtemps dans les accords internationaux pour désigner un fleuve (ou une rivière), ses affluents et les canaux qui y sont reliés. Le Traité de Versailles contient un certain nombre de références à des "réseaux fluviaux". Par exemple, lorsqu'il déclare que divers fleuves sont internationaux, il mentionne "toute partie navigable de ces réseaux fluviaux . . . ainsi que les canaux latéraux et chenaux qui seraient établis, soit pour doubler ou améliorer des sections naturellement navigables desdits réseaux fluviaux, soit pour réunir deux sections naturellement navigables du même cours d'eau" 249/. L'article en question a certes trait à l'utilisation de cours d'eau aux fins de la navigation, mais il est incontestable que sur le même système de cours d'eau - ou réseau fluvial - et du fait même que ces cours d'eau sont reliés les uns aux autres, il existe aussi un risque d'utilisation inéquitable ou de dommage appréciable. Dans l'affaire de l'Oder, la Cour permanente de justice internationale a jugé qu'en vertu du Traité de Versailles, le régime international de l'Oder visait "toute partie navigable de ces réseaux f luviaw . . . ainsi que les canaux latéraux et chenaux qui seraient établis, soit pour doubler ou améliorer des sections naturellement navigables desdits réseaux fluviaux.. ." 250/.

10) Des dispositions analogues à celles du Traité de Versailles figurent dans la Convention établissant le statut définitif du Danube. L'article premier de cette convention se réfère au "réseau fluvial internationalisé", que l'article 2 définit comme comprenant "les canaux latéraux ou chenaux qui seraient établis" 251/.

249/ Traité de Versailles, art. 331. Voir aussi, par exemple, l'article 362, qui se réfère au "réseau fluvial rhénan".

250/ Arrêt du 10 septembre 1929, C.P.I.J., Série A, No 23, p. 31.

251/ SDN, Recueil des Traités, vol. XXVI, p. 177.

11) Plus récemment, la Convention de 1950 entre l'Union des Républiques socialistes soviétiques et la Hongrie se réfère, aux articles 1 et 2, aux "systèmes hydrologiquee" du bassin de la Tisza 252/. Une série de traités conclus au milieu des années 50 entre la Yougoslavie et ses voisins 253/ comprennent notamment dans leur champ d'application les cours d'eau et les systèmes hydrologiques et, en particulier, les eaux souterraines 254/. On trouve dans deux de ces traités une définition large de l'expression "système hydrologique", qui comprend tous les cours d'eau (de surface ou souterrains, naturels ou artificiels) 255/.

12) Le Traité de 1960 entre l'Inde et le Pakistan sur les eaux de l'Indus utilise lui aussi la notion de système ou bassin. Dans le préambule de ce traité, les parties déclarent qu'elles sont désireuses "d'assurer l'utilisation la plus complète et la plus efficace des eaux du bassin de l'Indus . . ." 256/. Le Traité s'applique aux fleuves et rivières qui y sont désignés, à leurs affluents et à tous les lacs de connexion 257/ et donne du terme "affluent" une définition large 258/.

252/ Convention entre l'URSS et la Hongrie relative aux mesures à prendre en vue de prévenir les inondations et de régulariser le régime des eaux de la Tisza à la zone frontière soviéto-hongroise, 9 juin 1950, Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation (ci-après dénommés Textes législatifs), Traité No 227, p. 827.

253/ Série législative des Nations Unies, Textes législatifs, Traitéb Nos 228 (avec la Hongrie), 128 (avec l'Albanie) et 161 (avec la Bulgarie) (publication des Nations Unies, numéro de vente : 63.V.4). Voir aussi le Traité de 1964 entre la Pologne et l'Union soviétique, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 552, p. 175, art. 2, par. 3; la Convention de 1972 entre la Suisse et l'Italie sur la protection des eaux frontière contre la pollution, Revue générale de droit international public, 1975, p. 265; et l'Accord du 16 septembre 1971 entre la Finlande et la Suède relatif aux fleuves frontière, chapitre 3, article premier, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 825, p. 191.

254/ Ibid., Traités Nos 128, 228 et 161.

255/ Ibid., Traités Nos 128 et 228, article premier, par. 3.

256/ Traité du 19 septembre 1960 entre l'Inde et le Pakistan sur les eaux de l'Indus, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 419, p. i25.

257/ Ibid., article premier, par. 3 et 8.

258/ Ibid., par. 2.

13) Parmi les traités plus récents, l'Accord relatif au Plan d'action pour la gestion écologiquement rationnelle du bassin commun du Zambèze et le Plan d'action qui y est annexé 259/ sont à signaler pour la manière globale dont ils approchent la gestion internationale des ressources en eau. Il est dit par exemple dans le Plan d'action que l'objectif de celui-ci est de surmonter certains problèmes énumérés et de promouvoir ainsi la gestion écologiquement rationnelle des ressources en eau de tout le bassin du fleuve 260/.
Un certain nombre d'autres traités montrent que les Etats reconnaissent dans leur pratique l'importance qu'il y a à traiter les systèmes de cours d'eau internationaux dans leur intégralité 261/. Les organisations internationales

---

259/ Programme des Nations Unies pour l'environnement, Accord relatif au Plan d'action pour la gestion écologiquement rationnelle du bassin commun du Zambèze, Acte final, Harare, 26-28 mai 1987 (Organisation des Nations Unies, 1987), reproduit dans International - 9 vol. XXVII (1988), p. 1109.

260/ Plan d'action, ibid., par. 15.

261/ On peut notamment citer l'Acte de 1963 relatif à la navigation et à la coopération économique entre les Etats du bassin du Niger, Acte du 26 octobre 1963, Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, Ressources naturelles, Eau, No 12 (1984), p. 6, publication des Nations Unies, numéro de vente : 84.II.A.7; la Convention du 21 novembre 1980 portant création de l'Autorité du bassin du Niger, ibid., p. 56; la Convention et les statuts de 1964 concernant la mise en valeur du bassin du Tchad, ibid., p. 8; la Convention de 1978 portant création de l'Organisation de mise en valeur du bassin de la Gambie, ibid., p. 42; le Traité (1969) du bassin du Rio de la Plata, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 875, p. 3, résumé dans Annuaire ... 1974, vol. II (deuxième partie), p. 322, document A/CN.4/274, par, 60; le Traité de 1962 relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia, Traité du 17 janvier 1961 entre le Canada et les Etats-Unis, Textes législatifs . . . . Traité No 65; l'Echange de notes de 1944 relatif à une étude de l'utilisation des eaux du bassin du fleuve Columbia, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 109, p. 191. Il est intéressant de noter qu'au moins un des Etats dont le territoire est traversé par le fleuve Columbia a utilisé le terme "système" pour désigner des cours d'eau internationaux. Voir "Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to the Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909", Mémorandum du Département d'Etat [des Etats-Unis], quatre-vingt-cinquième Congrès, deuxième session, document No 118 (Washington, D.C., 1958), p. 89.

et les experts indépendants sont arrivés à des conclusions analogues 262/.

262/ Les travaux de la Commission économique pour l'Europe partent du même point de vue général. Voir par exemple la Déclaration de principe sur l'utilisation rationnelle de l'eau, adoptée par la CEE en 1984, CEE, Deux décennies de coopération dans le domaine de l'eau, document ECE/ENVWA/2 (1988), p. 16, et les autres instruments présentés dans cette publication. Un certain nombre de réunions tenues sous les auspices de l'ONU ont abouti à des recommandations tendant à ce que les cours d'eau internationaux soient traités comme des systèmes unitaires. Voir, par exemple, la Réunion interrégionale tenue par l'ONU sur la mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres, plus particulièrement dans la région de l'Afrique, à Addis-Abeba, 10-15 octobre 1988, Ressources naturelles, Série Eau, No 20 (1990), publication des Nations Unies, numéro de vente : 90.11.A.10, p. 16. La résolution de New York adoptée en 1958 par l'Association de droit international comprend le "principe de droit international" ci-après qui intéresse directement la question de la définition des "cours d'eau internationaux" : "Un système de cours d'eau et de lacs appartenant à un bassin de drainage devrait être traité comme un tout (et non de façon fragmentaire)", International Law Association (ILA), Report of the Forty-Eighth Conference, New York, 1958, annexe II, p. 99, "Agreed Principles of International Law", principe 1. Les Règles d'Helsinki, adoptées par l'Association en 1966, emploient le terme "système d'eaux" pour définir le "bassin de drainage international". Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, art. II, commentaire a), Association de droit international, Rapport de la c-e-de-ce, Helsinki, 1966 (1966). Voir aussi l'article premier de la Résolution de Salzbourg de 1961 sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes, adoptée par l'Institut de droit international ("bassin hydrographique qui s'étend sur le territoire de deux Etats ou davantage"), Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 49 (II), 1961, p. 87; la Résolution d'Athènes sur la pollution des fleuves et des lacs et le droit international, adoptée par l'Institut en 1979, ibid. , vol 58 (I), session d'Athènes, septembre 1979 (Bâle/Munich 1980). Un groupe privé de juristes, l'Association interaméricaine des avocats, a adopté en 1957 une résolution applicable à "tout cours d'eau ou tout réseau de fleuves ou de lacs [. ..] qui traverse ou sépare les territoires de deux ou plusieurs Etats (ledit réseau étant ci-après dénommé 'bassin hydrographique international ')", Association interaméricaine des avocats, Actuaciones de la Décima Conferencia realizada eu Buenos Aires del 14 al 21 de noviembre de 1957, (2 volumes) (Buenos Aires, 1958), reproduit dans Annuaire . . . 1974, vol II (deuxième partie), p. 223, document A15409, par. 1092. La nécessité de procéder à l'encatirement réglementaire et à la mise en valeur d'un cours d'eau international comme un tout a été reconnue par des spécialistes comme H.A. Smith, The Economic Uses of International Rivers (1931), p. 150 et 151; J. Brierly, The Law of Nations, 5ème éd., 1955, p. 204; et J. Lammers, Pollution of International Watercourses (1984) , p. 19 et 20.

...

PARTIE II

PRINCIPES GENERAUX

...

Article 10

Rapport entre les utilisations

1. En l'absence d'accord ou de coutume à l'effet contraire, aucune utilisation d'un cours d'eau international n'a priorité en soi sur d'autres utilisations.

2. En cas de conflit entre des utilisations d'un cours d'eau international, le conflit sera résolu eu égard aux principes et aux facteurs énoncés aux articles 5 à 7, une attention spéciale étant accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels.

Commentaire

1) L'article 10 énonce le principe général qui veut qu'aucune utilisation du cours d'eau international n'ait en soi la priorité sur ses autres utilisations. Il vise aussi les cas de conflit entre différentes utilisations d'un même cours d'eau international.

2) Vu que les Etats, par accord ou en pratique, donnent souvent la priorité à une utilisation particulière ou à une catégorie particulière d'utilisations, le paragraphe 1 a été rédigé sous la forme d'uns règle supplétive. C'est ainsi que le début de cette phrase réserve toute priorité instituée par accord ou coutume entre les Etats du cours d'eau intéressés. Le mot "accord" est utilisé ici dans son sens large, et s'entendra par exemple de tout accord ou modus vivendi arrêté par les Etats du cours d'eau. Par ailleurs, il ne désigne pas seulement les "accords de cours d'eau", car il peut arriver que certaines utilisations, comme la navigation, soient visées dans d'autres types d 'accords, tels les traités d'amitié. Le mot "coutume" s'applique aux cas où, bien qu'il n'y ait pas d'accord entre les Etnts du cours d'eau, ceux-ci, par tradition ou en pratique, donnent la priorité à une utilisation particulière. De même, les mots "priorité en soi" signifient que rien, dans un type particulier d'utilisation ou dans une catégorie particulière d'utilisations, ne donne à ces utilisations une priorité présumée ou intrinsèque sur les autres utilisations, ce qui laisse les Etats du cours d'eau libres de décider d'accorder la priorité à une utilisation particulière dans un cours d'eau

international donné. Cela vaut également pour la navigation, qui, aux termes du paragraphe 2 de l'article premier, entre dans le champ d'application des présents articles "dans la mesure ou d'autres utilisations ont une incidence sur la navigation ou sont affectées par elle".

3) Le paragraphe 2 vise les cas où différentes utilisations d'un même cours d'eau international entrent en conflit ou interfèrent l'une sur l'autre, sans qu'il y ait de priorités applicables établies par voie d'accord ou de coutume. Dans un cas de ce genre, le paragraphe 2 indique que le problème est résolu par référence aux principes et facteurs énoncés aux articles 5, 6 et 7, "une attention spéciale étant accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels". Dans le sens donné à ce mot dans l'article 10, il ne peut donc y avoir "conflit" entre différentes utilisations que si aucun ordre de priorité régissant ces utilisations ou aucun autre moyen de concilier ces utilisations n'a été institué par voie d'accord ou de coutume entre les Etats du cours d'eau intéressés. Il semble utile de souligner que le "conflit" dont il s'agit ici est un conflit entre utilisations d'un cours d'eau international, et non pas un conflit ou un différend entre Etats du cours d'eau 263/.

4) Les principes et facteurs à appliquer en vertu du paragraphe 2 pour résoudre les conflits entre les utilisations d'un cours d'eau international sont les principes et facteurs énoncés aux articles 5, 6 et 7, c'est-à-dire l'obligation d'utilisation et de participation équitables et raisonnables, et l'obligation de ne pas causer de dommages appréciables. Les facteurs à prendre en considération aux termes de l'article 6 sont ceux qui concernent le cours d'eau international en cause. Cela dit, pour choisir la façon de résoudre un conflit de ce genre, les Etats du cours d'eau doivent accorder "une attention spéciale . . . à la satisfaction des besoins humains essentiels". Autrement dit, à la nécessité de fournir de l'eau en quantité suffisante pour la vie humaine,

263/ Voir aussi le paragraphe 9 du commentaire sur l'article 5 (ancien article 6), Annuaire ... 1987, vol. II (deuxième partie), p. 34.

qu'il s'agisse de l'eau potable ou de l'eau destinée à la production des aliments voulus pour empêcher la famine. Ce critère reprend, en le renforçant, le critère prévu à l'alinéa 1 b) de l'article 6, à savoir les "besoins économiques et sociaux des Etats du cours d'eau concernés". Etant donné que le paragraphe 2 de l'article 10 renvoie à l'article 6, ce facteur est de toute façon l'un de ceux dont les Etats du cours d'eau intéressés devront tenir compte pour régler un conflit entre les utilisations du cours d'eau.

5) La navigation bénéficiait sans doute d'une priorité générale dans la première partie de ce siècle 264/, mais à mesure que d'autres types d'utilisations ont commencé à la concurrencer par leur importance économique et sociale, les Etats se sont rendu compte qu'il leur fallait se montrer plus souples. La résolution adoptée en 1966 par le Conseil économique et social interaméricain à la quatrième réunion ministérielle annuelle témoigne de ce changement d'attitude dans le sens de la reconnaissance des diverses utilisations potentielles d'un cours d'eau. Dans cette résolution, il est recommandé aux Etats membres d'assurer la promotion, pour le plus grand bien de tous, de l'utilisation économique et des voies d'eau, bassins et accidents hydrographiques de la région "dans le domaine des transports, de la production d'énergie électrique, des travaux d'irrigation et autres, afin de contrôler et de prévenir les dégâts périodiques causés par les inondations de leurs

264/ On en voit un exemple au paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention et du Statut de Barcelone de 1921, relatifs au régime des voies navigables d'intérêt international, Société des Nations, Recueil des Traités, vol. VII, p. 57; voir également l'article 5 de la "Déclaration de Montevideo" approuvée par la septième Conférence interaméricaine en 1963, reproduite dans Annuaire ... 1974, vol. II (deuxième partie), p. 229, document A/5409, annexe I, A; la règle II, 4 de la "Résolution de Madrid" de 1911 de l'Institut de droit international (dont s'inspirait l'article 5 de la Déclaration de Montevideo), Annuaire de l'Institut de droit international, 1911 (Paris), vol. 24, p. 366.

eaux" 265/. La même année, l'Association de droit international concluait elle aussi qu'aucune utilisation ne devait bénéficier d'une priorité systématique. C'est ainsi que l'article VI des Règles d'Helsinki relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux (adoptées par l'ILA) dispose : "Aucune utilisation ou catégorie d'utilisations ne doit recevoir de préférence à priori sur toute autre utilisation ou catégorie d'utilisations" 266/. La nécessité de conserver assez de souplesse pour parer aux besoins de l'humanité du prochain siècle a été récemment soulignée dans la "Déclaration de Delft" adoptée à l'issue du séminaire tenu à Delft (Pays-Bas) du 3 au 5 juin 1991, sous les auspices du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD). La Déclaration note qu'en l'an 2000 près de la moitié de la population mondiale vivra dans les centres urbains. Il y est question du défi accablant que représentent les besoins en eau de zones métropolitaines à "croissance . . . explosive", "vu la croissance tout aussi importante des besoins en eau de l'agriculture irriguée et les problèmes engendrés par la pollution urbaine et industrielle". Les spécialistes qui participaient au séminaire ont conclu qu'il fallait, pour satisfaire durablement les besoins en eau de l'humanité, adopter des mesures préventives de protection et de conservation de l'eau et des ressources du milieu 267/. Ces mesures seraient souvent impossibles à appliquer si telle ou telle utilisation de l'eau bénéficiait par elle-même de la préséance sur les autres. L'absence d'ordre de priorité facilitera la mise en oeuvre de mesures visant à répondre aux "besoins vitaux de l'humanité".

265/ Résolution 24-M/66 sur la régularisation et l'utilisation économique des cours d'eau, des bassins et des accidents hydrographiques de l'Amérique latine (paragraphe unique du dispositif), reproduite dans Annuaire ... 1974, vol. II (deuxième partie), p. 389, document A/CN.4/274, par. 380.

266/ Association de droit international, Report of the fifty-second Conference, Helsinki., 196.6 (Londres 1967), p. 491. Cf. Annuaire ... 1974, vol. II (deuxième partie), document A/CN.4/274, par. 405.

267/ La "Déclaration de Delft" est annexée à un communiqué de presse du PNUD, Genève, 10 juin 1991.

...

PARTIE VI

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 26

Gestion

1. Sur la demande de l'un quelconque d'entre eux, les Etats du cours d'eau entameront des consultations sur la gestion d'un cours d'eau international, y compris éventuellement la création d'un mécanisme mixte de gestion.

2. Aux fins du présent article, on entend par "gestion", en particulier :

a) le fait de planifier la mise en valeur durable d'un cours d'eau international et le fait d'assurer l'exécution des plan6 qui auront pu être adoptés; et

b) le fait de promouvoir de toute autre manière l'utilisation, la protection et le contrôle du cours d'eau dans des conditions rationnelles et optimales.

Commentaire

1) L'article 26 souligne à quel point il importe que les Etats du cours d'eau collaborent à la gestion du cours d'eau international en vue d'en garantir la protection tout en en tirant le plus d'avantages possible pour tous les Etats du cours d'eau intéressés. Le but de ce texte est de faciliter aux Etats du cours d'eau l'examen des modalités de gestion qui conviennent aux divers Etats et au cours d'eau en question.

2) Le paragraphe 1 impose aux Etats du cours d'eau, si l'un d'eux le demande, de procéder à des consultations sur la gestion du cours d'eau international. Il ne les oblige pas à "gérer" le cours d'eau, ni à créer une organisation commune, telle qu'une commission ou tout autre organe mixte. Le résultat des consultations est laissé à la discrétion des Etats intéressés. Dans la pratique, les Etats ont souvent mis en place des commissions mixtes de rivière, lac ou autre cours d'eau, en leur confiant fréquemment la gestion du cours d'eau international. Cette gestion peut aussi se faire de façon moins formelle, grâce par exemple à des réunions régulières entre les organismes compétents ou autres représentants des Etats intéressés. C'est pour prévoir ces modalités moins formelles qu'il est question au paragraphe 1 d'un "mécanisme" mixte de gestion et non d'une organisation.

3) Le paragraphe 2 indique en termes généraux quels sont les principaux éléments communs des programmes de gestion des cours d'eau internationaux. La planification de la mise en valeur durable du cours d'eau dans l'intérêt des générations présentes et futures figure à l'alinéa a) en raison de son importance fondamentale. Les commissions mixtes ont démontré leur utilité dans ce type de planification, mais les Etats du cours d'eau intéressés peuvent aussi appliquer ces plans à titre individuel. Les fonctions mentionnées à l'alinéa b) sont elles aussi des éléments communs des régimes de gestion. Le plupart des termes employés dans cet alinéa sont tirés de divers autres articles du projet, et plus particulièrement de l'article 5. L'adjectif "rationnels" signifie que "l'utilisation, la protection et le contrôle" du cours d'eau international doivent être planifiés par les Etats du cours d'eau intéressés, et non pas se faire de façon désordonnée ou ponctuelle. Considérés ensemble, les alinéas a) et b) visent des fonctions telles que les suivantes : planification d'un développement durable, plurifonctionnel et intégré des cours d'eau internationaux; régularité des communications et échange régulier de données et d'informations entre les Etats du cours d'eau; surveillance continue des cours d'eau internationaux.

4) L'étude des clauses qui sont consacrées dans les traités aux dispositions institutionnelles montre en particulier que les Etats ont mis en place toutes sortes d'organisations pour la gestion des cours d'eau internationaux. Certains de ces accords ne visent qu'un seul cours d'eau, d'autres concernent plusieurs cours d'eau ou de vastes bassins de drainage; et dans chaque cas les pouvoirs qui sont confiés à ces commissions dépendent de l'objet de l'accord. Les compétences de ces organes mixtes sont donc définies de façon assez précise lorsqu'il s'agit d'un seul cours d'eau, et de façon plus générale lorsque l'accord porte sur un bassin de drainage international ou sur une série de rivières, lacs ou nappes frontières. L'article 26 est rédigé en termes assez généraux pour convenir à un accord-cadre. En même temps, il donne aux Etats du cours d'eau certaines orientations sur les pouvoirs et les fonctions qui peuvent être attribués aux mécanismes ou institutions mixtes qu'ils peuvent décider de créer.

5) L'idée de créer des mécanismes mixtes pour la gestion des cours d'eau internationaux n'est guère nouvelle 268/. Des 1911, l'Institut de droit international avait recommandé "d'instituer des commissions communes et permanentes des Etats intéressés" qui seraient chargées de s'occuper des "nouveaux établissements ou [d'apporter] des modifications aux établissements existants" 269/. Nombre des plus anciens accords relatifs à des cours d'eau internationaux, notamment ceux du XIXe siècle, visaient surtout à réglementer la navigation et la pêche 270/. Les accords plus récents, en particulier ceux conclus depuis la seconde guerre mondiale, ont été davantage centrés sur d'autres aspects de l'utilisation ou de la mise en valeur des cours d'eau internationaux, tels que l'étude du potentiel de mise en valeur du cours d'eau, l'irrigation, la lutte contre les inondations, la production d'énergie hydroélectrique et la pollution 271/. Ces types d'utilisation, que la demande

268/ En 1754, le Traité de Vaprio entre l'Impératrice d'Autriche, en sa qualité de duchesse de Milan, et la République de Venise, a confié à une commission frontalière préexistante des fonctions relatives à l'utilisation commune de la rivière Ollia. Parry, The Consolidated Treaty Series, vol. 40, p. 215 à 228. On trouve un autre exemple très ancien dans le Traité de Fontainebleau de 1785 entre l'Autriche et les Pays-Bas, qui instituait un organe bilatéral chargé de choisir les meilleurs sites pour la construction en commun d'écluses sur la Meuse. Martens, Recueil des Traités, deuxième édition, vol. 4, p. 56, cité aussi dans le rapport de la Commission économique pour l'Europe (CEE) de 1952, "Aspects juridiques de 1 'aménagement hydroélectrique des fleuves et des lacs d'intérêt commun", document E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1, par. 175 et suiv.

269/ Résolution sur "La réglementation internationale de l'usage des cours d'eau internationaux", Annuaire de l'Institut de droit international, session de Madrid, avril 1911 (Paris, 1911), vol. 24, p. 365 à 367, reproduit dans Annuaire ... 1974, vol. II (deuxième partie), p. 214, document A/5409, par. 1071.

270/ On trouvera une étude éclairante dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial, Annuaire ... 1988, vol. II (première partie), document A/CN.4/412, par. 39 à 48.

271/ Ce point est illustré par les commentaires concernant les "Accords multilatéraux" dans Nations Unies, Gestion des ressources. en eau internationales : aspects institutionnels et juridiques, Ressources naturelles/série Eau No 1 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.II.A.2) (1987), p. 36 à 38 et en particulier p. 37.

croissante d'eau, de denrées alimentaires et d'électricité a mis au premier plan, ont ohligé les Etats à créer beaucoup plus fréquemment des mécanismes mixtes de gestion. Il existe aujourd'hui presque autant de mécanismes de cette nature que de grands cours d'eau internationaux 272/. Ils peuvent être permanents ou non et leurs attributions et leurs pouvoirs varient considérablement 273/. L'article 26 tient compte non seulement de cette pratique des Etats du cours d'eau mais aussi des recommandations formulées par des conférences et réunions tenues sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, et tendant à ce que ces Etats envisagent de créer

---

272/ Une étude des commissions multilatérales et bilatérales s'occupant des utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, faite par le Secrétariat en 1979, recense 90 organes de ce type. Liste annotée de commissions multilatérales et bilatérales s'occupant des utilisations des cours d'eau internationaux à des. fins autres que la navigation, avril 1979 (non publiée). La plupart des commissions qui y figurent s'occupent de cours d'eau européens mais toutes les régions du monde y sont représentées et, à l'époque où cette liste a été établie, les commissions se multipliaient dans les pays en développement, notamment sur le continent africain. ibid., p. ii.

273/ Pour une description sommaire de quelques-uns de ces accords, "choisis en vue d'illustrer la plus grande variété possible d'arrangements", voir ibid., annexe IV. Voir aussi la liste d'accords créant des mécanismes mixtes pour la gestion des cours d'eau internationaux dans International Law Association, Report of the Fifty-Seventh Conference, Madrid, 1976 (Londres, 1978), p. 256 à 266; Ely et Wolman, "Administration" dans The Law of International Drainage Basins (Garretson, Hayton et Olmstead, eds. and contribs., 1966), p. 124; et le sixième rapport du Rapporteur spécial, document A/CN.4/427, par. 3 à 6. Les types d'attributions et de pouvoirs qui ont été conférés à des mécanismes mixtes de gestion sont mis en lumière dans les trois accords suivants, conclus sur trois continents distincts : la Convention du 21 novembre 1980 portant création de l'Autorité du bassin du Niger (Bénin, Cameroun, Tchad, Côte d'Ivoire, Guinée, Mali, Niger, Nigéria et Haute-Volta), articles 3 à 5, Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : Afrique, Ressources naturelles/Série Eau Ng 1.3 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.II.7), Traité No 13, p. 56; le Traité du 19 septembre 1960 sur les eaux de l'Indus (Inde et Pakistan), Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 419, p. 125; et le Traité du 11 janvier 1909 entre le Canada et les Etats-Unis relatif aux eaux frontalières et aux questions soulevées entre les Etats-Unis et le Canada, Textes législatifs, Traite No 79, p. 260.

des mécanismes mixtes de gestion afin de tirer les plus grands avantages possibles des cours d'eau internationaux et de leur protection 274/.

Article 27

Régulation

1. Les Etats du cours d'eau coopèrent selon que de besoin pour répondre à la nécessité ou se prévaloir des possibilités de réguler le débit des eaux d'un cours d'eau international.

2. A moins qu'ils n'en soient convenus autrement, les Etats du cours d'eau participent sur une base équitable à la construction et à l'entretien ou au financement des ouvrages de régulation qu'ils ont pu convenir l'entreprendre.

3. Aux fins du présent article, on entend par "régulation" l'utilisation d'ouvrages hydrauliques ou toute autre mesure employée de façon continue pour modifier, faire varier ou contrôler d'une autre manière le débit des eaux d'un cours d'eau international.

Commentaire

1) L'article 27 est consacré à la régulation du débit des eaux d'un cours d'eau international par les Etats du cours d'eau. La régulation du débit des cours d'eau est souvent nécessaire, que ce soit pour en éviter les conséquences dommageables, telles que les inondations et l'érosion, ou pour tirer le plus d'avantages possible du cours d'eau. L'article se compose de trois paragraphes : le premier énonce l'obligation fondamentale de régulation; le deuxième proclame le devoir de participation équitable, tel qu'il s'applique à la régulation; le troisième donne la définition du terme "régulation".

2) Le paragraphe 1 est une application particulière de l'obligation générale de coopérer prévue à l'article 9. Il prescrit aux Etats du cours d'eau de coopérer specialement, en ca: de besoin, pour repondre aux nécessités de

274/ Voir, par exemple, Rapport d-e la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. 11, "Plan d'action pour l'environnement", recommandation 51; et Nations Unies, Commission économique pour 1 'Afrique, Département de la coopération technique pour le développement, Réunion interrégionale sur la mise en valeur des bassins, des rivières et des lacs, en particulier en Afrique, Addis-Abeba, Ethiopie. 10-16 octobre 1.988, Rapport de la Réunion, document ECA/NRD/IMRLBD/42, 14 octobre 1988, p. 35 à 37 de la version anglaise. Le travail des organisations internationales dans ce domaine est étudié dans le sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/427, par. 7 il 17.

la régulation ou pour se prévaloir de ses possibilités. Comme indiqué au paragraphe précédent du commentaire, ces nécessités et ces possibilités seront normalement liées à la prévention des dommages et à la recherche des avantages à retirer du cours d'eau international. Les mots "selon que de besoin" signifient que l'obligation en question ne consiste pas à rechercher ces nécessités ou ces possibilités, mais à réagir lorsqu'elles existent.

3) Le paragraphe 2 s'applique aux cas où les Etats du cours d'eau ont décidé d'entreprendre des travaux pour la régulation du débit d'un cours d'eau international. Il s'agit d'une disposition supplétive aux termes de laquelle les Etats du cours d'eau "participent sur une base équitable" à la construction de ces ouvrages de régulation, à leur entretien ou à leur financement à moins qu'ils n'en soient convenus autrement. Ce devoir est une application particulière de l'obligation générale de participation équitable, prévue à l'article 5. Il n'oblige en aucun cas les Etats du cours d'eau à "participer" aux ouvrages de régulation dont ils ne tirent pas d'avantages : il signifie seulement que, si un Etat du cours d'eau décide avec un autre Etat du cours d'eau d'entreprendre des travaux de régulation et en reçoit certains avantages, il est tenu, en l'absence de convention contraire, de contribuer à la construction et à l'entretien de ces ouvrages de façon proportionnée aux avantages qu'il en reçoit.

4) Le paragraphe 3 définit le terme "régulation", en indiquant d'abord les moyens de la régulation ("utilisation d'ouvrages hydrauliques ou toute autre mesure employée de façon continue"), puis ses objectifs ("modifier, faire varier ou contrôler d'une autre manière le débit des eaux"). Les moyens concrets de régulation sont habituellement des ouvrages tels que les barrages, les réservoirs, les barrages-déversoirs, les canaux, les remblais et les digues. Ces ouvrages visent notamment à réguler le débit de façon à empêcher les inondations pendant une partie de l'année et la sécheresse pendant une autre; à prévenir les dangers d'érosion des berges, ou même les modifications dans le cours du fleuve ou de la rivière; et à garantir un approvisionnement en eau suffisant, par exemple, pour maintenir la pollution dans des limites acceptables ou pour permettre des utilisations telles que la navigation ou le flottage. Normaliser le débit des eaux grâce à la régulation ou aux ouvrages de contrôle permet aussi de prolonger les périodes d'irrigation, d'entreprendre ou d'accroître la production d'énergie électrique, d'atténuer l'envasement, d'empêcher la formation d'eaux stagnantes propices

aux moustiques vecteurs du paludisme et de favoriser les pêcheries. Cela dit, la régulation du débit d'un cours d'eau international peut aussi avoir des conséquences négatives pour les autres Etats du cours d'eau. La construction d'un barrage, par exemple, peut limiter les apports d'eau saisonniers dans un Etat d'aval ou être une cause d'inondations dans un Etat d'amont. Le fait que la régulation du débit des eaux puisse, d'une part, être nécessaire pour en obtenir la meilleure utilisation possible et, d'autre part, être cause de dommages, démontre l'importance de la coopération entre Etats du cours d'eau conformément aux dispositions de l'article 27.

5) Les nombreuses dispositiona conventionnelles concernant la régulation du débit des cours d'eau internationaux montrent que les Etats reconnaissent l'importance de la coopération à cet égard 275/. Cette pratique, et la nécessité d'amener les Etats du cours d'eau à coopérer plus étroitement à la régulation, ont d'ailleurs incité une organisation de spécialistes du droit international à élaborer un ensemble de règles générales et de recommandations concernant la régulation du débit des cours d'eau internationaux 276/. Le présent article, qui s'inspire de la pratique des Etats, énonce des obligations de caractère général, appropriées à un instrument-cadre et se rapportant à une question qui préoccupe tous les Etats du cours d'eau.

275/ Plusieurs de ces dispositions sont mentionnées dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, document A/CN.4/421/Add.2, par. 131 à 138. On peut citer notamment l'Accord de 1959 entre l'Union des Républiques socialistes soviétiques, la Norvège et la Finlande relatif à la régulation du régime du lac Inari au moyen de la centrale hydroélectrique et du barrage de Kaitakoski, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 346, p. 167; le Traité de 1944 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et. du Rio Grande (Rio Bravo) depuis Fort-Quitman, Texas, jusqu'au golfe du Mexique, ibid., vol. 3, p. 313; l'Accord de 1959 entre la République arabe unie et le Soudan relatif à in pleine utilisation des eaux du Nil, ibid., vol. 453, p. 51; le Traité du bassin du Rio de la Plata conclu en 1969 (Argentine, Bolivie, Brésil, Paraguay et Uruguay) (art. premier, par, b)), ibid., vol. 875, p. 11; et le Traité de 1960 entre l'Inde et le Pakistan sur les eaux de l'Indus, ibid., vol. 419, p. 125.

276/ A sa Conférence de 1980, tenue à Belgrade, l'Association de droit internntionai a adopté neuf articles concernant la régulation du débit des cours d'eau internationaux, International Law Association, Report of the Fifty-Ninth Conference, Belgrade, 1980 (Londres, 1982), p. 4. Les articles sont exposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, document A/CN.4/421/Add.2, par. 139.

Article 28

Installations

1. Les Etats du cours d'eau, à l'intérieur de leurs territoires respectifs, s'emploient au mieux de leurs moyens à assurer l'entretien et la protection des installations, aménagements et autres ouvrages liés à un cours d'eau international.

2. Sur la demande de l'un quelconque d'entre eux qui est sérieusement fondé à croire qu'il risque de subir des effets négatifs appréciables, les Etats du cours d'eau entameront des consultations concernant :

a) le bon fonctionnement ou entretien des installations, aménagements ou autres ouvrages liés à un cours d'eau international; ou

b) la protection des installations, aménagements ou autres ouvrages contre les actes intentionnels ou de négligence ou les forces de la nature.

Commentaire

1) L'article 28 est consacré à la protection des installations (barrages, digues, barrages-déversoirs, etc.) contre les dégâts dus à l'usure, à la nature ou à la main de 1 'homme, qui peuvent être cause de dommages appréciables dans les autres Etats du cours d'eau. Le premier des deux paragraphes de cet article énonce une obligation générale, le second prévoit des consultations cur la sécurité des installations.

2) Le paragraphe 1 fait obligation aux Etats du cours d'eau de s'employer "au mieux de leurs moyens" à entretenir et à protéger les ouvrages qui y sont mentionnés. Les Etats du cours d'eau peuvent s'acquitter de cette obligation en faisant individuellement ce qui leur est possible pour entretenir et protéger les installations, aménagements et autres ouvrages liés au cours d'eau international. Par exemple, un Etat du cours d'eau devra dûment entretenir un barrage, c'est-à-dire le maintenir en assez bon état pour qu'il ne s'écroule pas, ce qui causerait un dommage appréciable à d'autres Etats du cours d'eau. De même, toutes les précautions raisonnables devront être prises pour protéger ces ouvrages contre les dommages prévisibles dus aux forces naturelles, telles que les inondations, ou à l'action de l'homme, qu'elle soit délibérée ou due à la négligence. L'action délibérée pourrs prendre la forme d'actes de terrorisme ou de sabotage; la négligence s'entendra d'un manquement aux précautions normalement exigées par les circonstances, qui aboutirait à des dommages à l'installation en question. L'expression "à 1 'intérieur de

leurs territoires respectifs" traduit le fait que l'entretien et la protection des ouvrages sont normalement assurés par l'Etat du cours d'eau où ces ouvrages se trouvent. Le paragraphe 1 ne vise en aucune manière à autoriser, et encore moins à obliger, un Etat du cours d'eau à entretenir et protéger des ouvrages sur le territoire d'un autre Etat du cours d'eau, Toutefois, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il sera approprié qu'un autre Etat du cours d'eau y participe, par exemple quand l'autre Etat exploite les ouvrages conjointement avec l'Etat dans lequel ils sont situés.

3) Le paragraphe 2 institue pour les Etats du cours d'eau une obligation générale de procéder à des consultations sur le bon fonctionnement, l'entretien ou la protection des ouvrages liés à un cours d'eau international. Ces négociations sont entamées à la demande de l'Etat du cours d'eau "qui est sérieusement fondé à croire qu'il risque de subir des effets négatifs appréciables" résultant du fonctionnement, de l'entretien ou de la protection des ouvrages en question. Contrairement, donc, au paragraphe 1, le paragraphe 2 vise des cas exceptionnels où un Etat du cours d'eau perçoit la possibilité d'un danger précis. Les cas visés dans ce paragraphe doivent aussi être distingués des "cas d'urgence" envisagés à l'article 25. Alors que la situation prévue dans ce dernier article comporte, entre autres éléments, une menace urgente, le danger envisagé au paragraphe 2 du présent article n'a pas à avoir un caractère imminent, bien qu'il ne doive pas non plus être lointain au point de constituer un risque de minimis. Prévoir que l'Etat du cours d'eau doit être "sérieusement fondé à croire" qu'il risque de subir des effets négatifs constitue une norme objective, et revient à exiger que le danger soit réel. Les mots "est sérieusement fondé à croire" ont le même sens que l'expression "a de sérieuses raisons de penser", qui est employée à l'article 18. Cette condition est conforme à la pratique, puisque c'est généralement lorsque les Etats ont des motifs raisonnables de s'inquiéter d'effets négatifs, réels ou éventuels, qu'ils procèdent à des consultations. Enfin, les termes "effets négatifs appréciables" ont. le même sens que dans l'article 12. Ainsi, le seuil prévu dans cette norme est inférieur au seuil du "dommage appréciable" 2.771.

277/ Voir le paragraphe 2 du commentaire sur l'article 12, Annuaire ... 1988, vol. II (deuxième partie), p. 49.

4) obligation de consultation qui est prévue au paragraphe 2 s'applique à des effets négatifs appréciables qui peuvent se produire de deux façons. premièrement, ils peuvent résulter du fonctionnement ou de l'entretien des ouvrages. C'est pourquoi l'alinéa a) prévoit des consultations sur le bon fonctionnement ou le bon entretien des ouvrages en question. Deuxièmement, ces effets négatifs sur les autres Etats du cours d'eau peuvent être la conséquence de dommages causés auxdits ouvrages par un acte délibéré ou un acte de négligence, ou par l'action des forces naturelles. Ainsi, si un Etat du cours d'eau a de sérieuses raisons de penser qu'il risque de souffrir d'un tel acte ou d'une telle action, l'alinéa b) du paragraphe 2 lui donnera le droit d'entamer des consultations sur la protection des ouvrages en cause contre, par exemple, des actes de terrorisme ou de sabotage, ou contre des phénombnes naturels tels que les glissements de terrain ou les inondations.

5) Le souci de protection et de sûreté des ouvrages qui anime les Etats trouve sa traduction dans les accords internationaux. Certaines conventions portant sur les ouvrages hydroélectriques contiennent des dispositions expresses sur la conception des ouvrages 278/ et précisent que les travaux de construction ne peuvent être entrepris sans l'approbation préalable des parties 279/. Dans ces accords, les Etats veillent parfois aussi à mettre la sécurité des ouvrages sous la protection de la législation interne de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent 280/. L'article 28 ne va pas aussi loin, mais il fixe des règles supplétives d'ordre général visant à assurer un minimum de protection et de sûreté aux installations liées à un cours d'eau international.

278/ On peut citer l'article 8 de la Convention de 1957 conclue entre la Suisse et l'Italie au sujet de l'utilisation de la force hydraulique du Spöl; Textes législatifs, Traité No 235, résumé dans Annuaire ... 1974, vol. II (deuxième partie), document A/5409, p. 172, par. 849 et suiv.

279/ Convention relative à l'aménagement hydroélectrique d'Emosson conclue en 1963 entre la France et la Suisse, art. 2, dans Revue de droit international public (Paris), 3ème série, vol. XXXVI, No 1 (janvier-mars 1965), p. 571; voir aussi Annuaire . . . 1974, vol. II (deuxième partie), p. 343, par. 229.

280/ Ibid., art. 2.

Article 29

Cours d'eau internationaux et installations en période de conflit armé

Les cours d'eau internationaux et les installations, aménagements et autres ouvrages connexes bénéficieront de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et internes et ne seront pas utilisés en violation de ces principes et règles.

Commentaire

1) L'article 29 concerne la protection et l'utilisation des cours d'eau internationaux et des installations qui leur sont liées en période de conflit armé. Il ne pose aucune règle nouvelle et ne modifie en rien le droit en vigueur. Il rappelle simplement que les principes et règles du droit international applicables dans les conflits armés internationaux et internes contiennent des dispositions importantes concernant les cours d'eau internationaux et les ouvrages connexes. Ces dispositions rentrent généralement dans deux catégories : il y a celles qui concernent la protection des cours d'eau internationaux et des ouvrages connexes, et celles qui concernent leur utilisation. Comme l'élaboration d'une réglementation détaillée dépasserait les limites d'un instrument-cadre, l'article 29 se borne à mentionner chacune de ces catégories de principes et de règles.

2) Les principes et règles du droit international qui sont "applicables" dans un cas donné sont ceux qui lient les Etats concernés. De même qu'il ne modifie pas le droit en vigueur, 1 'article 29 ne vise pas non plus à étendre l'application de quelque instrument que ce soit aux Etats qui n'y sont pas parties. En revanche, il ne s'adresse pas seulement aux Etats du cours d'eau, car les cours d'eau internationaux et les ouvrages connexes peuvent être utilisés ou attaqués, en période de conflit armé, par d'autres Etats aussi. Un Etat qui ne serait pas partie aux présents articles ne serait certes pas lié à strictement parler par cette disposition, mais on a néanmoins jugé nécessaire d'inclure les Etats qui ne sont pas des Etats du cours d'eau dans son champ d'application, tant à cause de l'importance considérable du sujet que parce que la principale fonction de 1 'article est, en tout état de cause, de rappeler simplement aux Etats que le droit des conflits armés est applicable aux cours d'eau internationaux.

3) Les articles eux-mêmes resteront évidemment en vigueur en période de conflit armé. Pendant une telle période donc, les Etats du cours d'eau resteront tenus de protéger et d'utiliser les cours d'eau internationaux et les ouvrages connexes conformément à ces articles. Mais la guerre peut toucher un cours d'eau international et avoir des conséquences sur sa protection et son utilisation par les Etats du cours d'eau. L'article 29 ne laisse aucun doute sur le fait que les principes et règles applicables aux conflits armés trouveront en ce cas à s'appliquer. Ainsi, l'empoisonnement des eaux est interdit par les Conventions de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre 281/ et par l'article 54 du Procotole additionnel I (1977) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 282/, l'article 56 de ce même Protocole protégeant barrages, digues et autres ouvrages des attaques qui "peuvent provoquer la libération de forces dangereuses et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile" 283/. Selon les articles 14 et 15 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1949, une protection similaire est exigée en cas de conflit armé non international. A propos encore de la protection des cours d'eau internationaux en période de conflit armé, on peut citer la disposition du Protocole I selon laquelle "La guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves" 284/. Dans les situations qui ne font pas l'objet d'une règle particulière, une protection fondamentale reste assurée par la "clause Martens". Cette clause, qui figurait à l'origine dans le Préambule des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 pour être ensuite reprise dans

---

281/ Article 23 du Règlement annexé à la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, dans The American Journal of International Law, vol. 2 (1908), p. 106. On trouvera un commentaire sur cet article dans L. Oppenheim, International Law: A Treatise, 7ème édition, H. Lauterpacht, éd., (Londres, Longman, 1952, vol. 2, p. 340, sect. 110).

282/ Article 54, par. 2.

283/ Article 56, par. 10.

284/ Protocole I, article 55, par. 1. Une disposition plus générale dans le même sens figure au paragraphe 3 de l'article 35 ("Règles fondamentales").

un certain nombre de conventions et protocoles 285/, a maintenant valeur de règle du droit international général. Fondamentalement, elle veut que même dans les situations qui ne sont pas couvertes par un accord international, populations et belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. C'est ce même principe général qu'exprime l'article 10, qui dispose qu'en cas de conflit entre utilisations d'un cours d'eau international, une attention spéciale est accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels.

...

Article 32

Non-discrimination

Les Etats du cours d'eau ne feront pas de discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence dans l'octroi de l'accès aux procédures juridictionnelles et autres, conformément à leur droit interne, à toute personne physique ou morale qui a subi un dommage appréciable résultant d'une activité liée à un cours d'eau international ou qui est exposée à la menace d'un tel dommage.

Commentaire

1) L'article 32 énonce le principe fondamental selon lequel les Etats du cours d'eau doivent donner accès à leurs procédures juridictionnelles et autres sans discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence.

2) L'idée de fond de l'article est que lorsque les Etats du cours d'eau donnent accès aux procédures juridictionnelles ou autres à leurs citoyens ou à leurs résidents, ils doivent également donner cet accès, sur une base

---

285/ Voir, par exemple, le Protocole du 17 juin 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques (par. 1 et 3 du Préambule); les Conventions de Genève du 12 août 1949 (par. 4 de l'article 63 de la Convention I; par. 4 de l'article 62 de la Convention II; par. 4 de l'article 142 de la Convention III; et par. 4 de l'article 158 de la Convention IV); le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 (par. 2 de l'article premier); la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (par. 5 du Préambule).

d'égalité, aux non-citoyens et aux non-résidents. Cette obligation n'affecterait pas la pratique des Etats qui exigent que, pour être admis à utiliser le système judiciaire, les non-résidents ou les étrangers déposent une caution judicatum solvi. Cette pratique n'est pas "discriminatoire" au sens de l'article 32, et il en est tenu compte par le membre de phrase "conformément à leur droit interne". Comme l'indiquent les mots "a subi un dommage appréciable . . . ou . . . est exposée à la menace d'un tel dommage", la règle de la non-discrimination s'applique tant aux cas dans lesquels il y a un dommage né et actuel qu'aux cas où le dommage est éventuel. Etant donné que ces derniers cas peuvent souvent être réglés efficacement par des procédures administratives, l'article, en mentionnant des "procédures juridictionnelles et autres" exige qu'il soit donné accès de manière non discriminatoire tant aux tribunaux qu'aux procédures administratives éventuellement applicables.

3) Un membre de la Commission a jugé que l'article ne devait s'appliquer qu'en cas de dommage appréciable survenant "dans d'autres Etats", de manière à en limiter le champ d'application aux affaires comportant un dommage transfrontière. L'opinion qui a néanmoins prévalu à la Commission est que ce champ d'application devait être plus large, et s'étendre, par exemple, au cas de l'étranger qui subit sur le territoire d'un Etat du cours d'eau un dommage prenant son origine sur ce territoire. Cette opinion se fonde sur 1 'idée que les Etats du cours d'eau ne doivent par faire de discrimination entre justiciables pour ce qui est de l'accessibilité de leurs procédures judiciaires ou autres, et cela où que le dommage se produise ou risque de se produire. Un membre de la Commission a jugé l'article inacceptable dans son ensemble, faisant valoir que le projet d'articles porte sur les relations entre Etats et ne doit pas aborder le domaine des actions intentées par des personnes physiques ou morales en vertu du droit interne.

4) L'obligation fixée à l'article 32 a des précédents dans les accords internationaux et dans les recommandations des institutions internationales. La Convention entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède pour la protection de l'environnement, par exemple, dispose ce qui suit :

> "Toute personne lésée ou pouvant être lesée par une nuisance causée par des activités nuisibles à l'environnement effectuées dans un autre Etat contractant aura le droit de saisir le tribunal ou l'autorité administrative compétents de cet Etat pour qu'ils statuent sur In question de savoir si lesdites activités sont autorisées, y compris sur

les mesures à prendre pour prévenir des dommages, ainsi que d'en appeler de la décision du tribunal ou de l'autorité administrative dans la même mesure et dans les mêmes conditions qu'une entité dotée de la personnalité juridique de l'Etat où lesdites activités sont réalisées.

Les dispositions du premier alinéa du présent article seront également applicables dans le cas de procédures concernant la réparation de dommages causés par des activités écologiquement nocives. La question de la réparation ne sera pas jugée selon des règles moins favorables à la partie lésée que celles qui sont applicables en la matière dans l'Etat où lesdites activités sont effectuées 286/."

Le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a adopté une recommandation pour la mise en oeuvre d'un régime d'égalité d'accès et de non-discrimination en matière de pollution transfrontière. L'alinéa a) du paragraphe 4 en est ainsi conçu :

"Les pays d'origine devraient veiller à ce que toute personne qui a subi un dommage par pollution transfrontière ou qui est exposée à un risque sensible de pollution transfrontière dans un pays exposé, se voie appliquer, pour le moins, un traitement équivalent à celui dont

---

286/ Convention pour la protection de l'environnement conclue entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède le 19 février 1974, art. 3, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1092, p. 301; reproduite dans International Legal Materials, vol. XIII, p. 591 (1974). On trouve des dispositions analogues au paragraphe 6 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, conclue à Espoo le 25 février 1991, document E/ECE/1250; dans la partie II.B.8 des Principes directeurs sur la responsabilité et l'obligation de réparer en cas de pollution des eaux transfrontières élaborés par l'Equipe spéciale sur la responsabilité et l'obligation de réparer en cas de pollution des eaux transfrontières, document ENVWA/R.45, 20 novembre 1990; et au paragraphe 6 du projet de Charte de la CEE sur les droits et obligations en matière d'environnement, élaboré au cours d'une réunion de spécialistes du droit de l'environnement, 25 février - 1er mars 1991, document ENVWA/R.38, annexe I.

bénéficient dans le pays d'origine, en cas de pollution interne et dans des circonstances similaires, des personnes de condition ou de statut équivalent.. . 287/".

5) L'article 32 n'exige pas des Etats du cours d'eau qu'ils consacrent dans leur législation interne un droit à indemnisation ou à réparation sous d'autres formes en cas de dommage appréciable causé dans d'autres Etats par des activités menée6 sur leurs propres territoires en relation avec le cours d'eau. La Commission a envisagé d'inclure dans le projet un article qui réglerait cette question, mais a décidé de ne pas le faire à ce stade de ses travaux. Certains membres ont cependant jugé qu'une disposition en ce sens aurait dû figurer dans les articles.

287/ OCDE, document C(77)28 (Final), annexe, dans : OCDE, OECD and the Environment (1986), p. 150. C'est le même objectif que vise le Principe 14 des Principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des Etats en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, approuvés dans la décision 6/14 du Conseil d'administration du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) du 19 mai 1978. On trouvera une analyse du principe de l'égalité d'accès dans Van Hoogstraten, Dupuy et Smets, "Equal Right of Access: Transfrontier Pollution", Environmental Policy and Law, vol. 2 (1976), p. 77.

CHAPITRE IV

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SECURITE DE L'HUMANITE

A. Introduction

60. Par sa résolution 177 (II) du 21 novembre 1947, l'Assemblée générale a chargé la Commission : a) de formuler les principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal; b) de préparer un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, en indiquant clairement la place qu'il convient d'accorder aux principes mentionnés au point a) ci-dessus. A sa première session (1949), la Commission a nommé M. Jean Spiropoulos Rapporteur spécial.

61. Sur la base des rapports du Rapporteur spécial, la Commission : a) à sa deuxième session (1950), a adopté une formulation des principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, et a présenté ces principes, accompagnés de commentaires, à l'Assemblée générale; b) à sa sixième session (1954), a présenté un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, accompagné de commentaires, à l'Assemblée générale 288/.

62. Par sa résolution 897 (IX) du 4 décembre 1954, l'Assemblée générale, considérant que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'numanité formulé par la Commission posait des problèmes étroitement liés à ceux que soulevait la définition de l'agression, et qu'elle avait chargé un comité spécial de préparer un rapport sur un projet de définition de 1 'agression, a décidé de différer l'examen du projet de code jusqu'à ce que le Comité spécial eût présenté son rapport.

63. L'Assemblée générale, par sa résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974, a adopté par consensus la définition de l'agression.

64. Le 10 décembre 1981, par sa résolution 36/106, l'Assemblée générale a invité la Commission à reprendre ses travaux en vue de l'élaboration du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et à l'examiner en lui accordant le degré de priorité voulu afin de

288/ Yearbook ... 1950, vol. II, p. 374 à 378, document A/1316. Yearbook ... 1954, vol. II, p. 150 à 152, document A/2673. Pour le texte des principes et du projet de code, voir également Annuaire ... 1985, vol. II (deuxième partie), p. 12 et 8, document A/40/10, par. 45 et 18.

le réviser, compte dûment tenu des résultats obtenus grâce au processus de développement progressif du droit international 289/.

65. A sa trente-quatrième session (1982), la Commission a nommé M. Doudou Thiam Rapporteur spécial pour le sujet 290/. De sa trente-cinquième session (1983) à sa quarante-deuxième session (1990), elle a reçu huit rapports du Rapporteur spécial 291/.

66. Au cours de ces sessions, la Commission a pris certaines décisions préliminaires concernant le contenu ratione personae et le contenu ratione materiae du projet de code 292/. Elle a aussi renvoyé au Comité de rédaction les articles 1 à 17, X et Y contenus dans les rapports du Rapporteur spécial 293/. De plus, au cours de ces sessions, elle a adopté à titre

---

289/ Par sa résolution 42,151, du 7 décembre 1987, l'Assemblée générale a approuvé une recommandation de la Commission tendant à modifier le titre angiais du sujet, qui est devenu "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind".

290/ Pour un exposé détaillé de l'historique du sujet, voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-cinquième session, (Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, Supplément No 10 (A/38/10), par. 26 à 41).

291/ Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), p. 143, document A/CN.4/364; Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 93, document A/CN.4/377; Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), document A/CN.4/387; Annuaire ... 1986, vol. II, document A/CN.4/398; Annuaire ... 1987, vol. II (première partie), document A/CN.4/404; Annuaire ... 1988, vol. II (première partie), document A/CN.4/411 et Annuaire ... 1989, vol. II (première partie), document A/CN.4/419 et Add.1 et Corr.1 et 2 (espagnol seulement); Annuaire ... 1990, vol. II (première partie), document A/CN.4/430 et Add.1.

292/ Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 17, document A/39/10, par. 65.

293/ Pour un exposé plus détaillé des travaux de la Commission sur le sujet au cours de ces sessions, voir les Rapports de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-septième session, (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément No 10 (A/40/10), par. 34 à 101), de sa trente-huitième session (Ibid., quarante et unième session, Supplément No 10 (A/41/10), par. 77 à 185), de sa trente-neuvième session (Ibid., quarante-deuxième session, Supplément No 10 (A/42/10), par. 25 à 66), de sa quarantième session (Ibid., quarante-troisième session, Supplément No 10 (A/43/10), par. 211 à 280), de sa quarante et unième Session (Ibid., quarante-quatrième session, Supplément No 10 (A/44/10), Par. 83 à 217), et de sa quarante-deuxième session (Ibid., quarante-cinquième session, Supplément No 10 (A/45/10, par. 27 à 158).

provisoire les articles 1 (Définition), 2 (Qualification), 3 (Responsabilité et sanction), 4 (Obligation de juger ou d'extrader), 5 (Imprescriptibilité), 6 (Garanties judiciaires), 7 (Non bis in idem), 8 (Non-rétroactivité), 10 (Responsabilité du supérieur hiérarchique), 11 (Qualité officielle et responsabilité pénale), 12 (Agression), 13 (Menace d'agression), 14 (Intervention) et 15 (Domination coloniale et autres formes Je domination étrangère), 16 (Terrorisme international), 18 (Recrutement, utilisation, financement et instruction des mercenaires) et X (Trafic illicite de stupéfiants), avec les commentaires y relatifs 294/.

B. Examen du sujet à la présente session

1. Examen du neuvième rapport du Rapporteur spécial

67. A sa présente session, la Commission était saisie du neuvième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet (A/CN.4/435 ut Add.1 et Corr.1). Ce rapport se composait de deux parties. Dans la première partie, le Rapporteur spécial traitait des "peines applicables aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité". Dans cette première partie de son neuvième rapport, le Rapporteur spécial signalait que le principe nulla poena sine lege exigeait de prévoir des peines dans le projet de code. Cette entreprise cependant comportait des difficultés liées soit à la diversité des systères juridiques soit à des problèmes de méthode. Pour ce qui est des difficultés liées à la diversité des systèmes juridiques, le Rapporteur spécial signalait qu'à la différence du droit interne où dans chaque Etat il existait une certaine unité de conception morale et philosophique justifiant un système unique de répression applicable à tous les crimes, en droit international, la diversité des conceptions et des philosophies s'accordait mal avec un système uniforme de répression. Certaines sanctions, connues dans certains pays, étaient ignorées dans d'autres. Comme exemples de cette diversité, il étudiait en particulier l'attitude différente qu'ont divers pays et régions du monde envers la peine de mort ainsi qu'envers d'autres peines afflictives telles que les mutilations physiques, Il en concluait qu'il était extrêmement difficile d'instituer un système unique de sanctions internationalement et uniformément applicable.

294/ Pour le texte de ces articles, voir infra, section D.l.

Pour ce qui est des difficultés de méthode, le Rapporteur spécial se demandait s'il faudrait énoncer pour chaque crime contre la paix et la sécurité de l'humanité la peine correspondante ou s'il faudrait, au contraire, tenant compte du fait que les crimes en cause se caractérisaient tous par le même degré de gravité extrême, édicter, dans une formule générale, la même peine pour toua les crimes, avec un minimum et un maximum selon qu'il y aurait ou non des circonstances atténuantes. D'autres problèmes de méthode consistaient à déterminer si le6 dispositions du code, y compris celles sur les peines, devraient être intégrées directement en droit interne des Etats ou si, au contraire, il faudrait prévoir les peines dans le code lui-même et adopter celui-ci par une convention internationale. Le Rapporteur spécial favorisait cette dernière solution. A la fin de cette première partie, le Rapporteur spécial présentait un projet d'article unique (projet d'article 2) sur les peines applicables à l'ensemble des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

68. Dans la deuxième partie de son neuvième rapport, le Rapporteur spécial constatait que, d'une part, dans sa résolution 45/41 du 28 novembre 1990, l'Assemblée générale invitait la Commission "à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans son rapport concernant la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer un tribunal pénal international ou autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international". D'autre part, l'Assemblée générale s'était abstenue, à ce stade du moins, de faire un choix entre le recours à un système de compétence universelle, l'établissement d'une juridiction pénale internationale ou l'établissement d'un autre mécanisme juridictionnel. Par conséquent, le Rapporteur spécial n'a pas soumis un projet de statut d'une juridiction pénale internationale. Il a voulu cependant susciter un débat plus approfondi au sein de la Commission sur deux problèmes importants relatifs à l'établissement possible d'une juridiction pénele internationale et sans la solution desquels il manquerait au Rapporteur spécial les orientations nécessaires pour la rédaction d'un statut éventuel. Ces deux problèmes étaient celui relatif à la compétence de la Cour et celui portant sur les conditions de mise en oeuvre de 1'. tion pénale. Aussi présenta-t-il dans son rapport deux projets de dispositions portant sur les deux questions ci-dessus mentionnées et qui étaient destinées non pas à être renvoyées au Comité

de rédaction mais plutôt à susciter un débat qui permettrait, peut-être, de dégager une tendance générale qui guiderait utilement le Rapporteur spécial.

69. La Commission a examiné le neuvième rapport du Rapporteur spécial de sa 2207ème à sa 2214ème séance. Après avoir entendu la présentation qu'en a faite le Rapporteur spécial, elle a examiné le projet d'article Z sur les peines applicables présenté par le Rapporteur spécial ainsi que la partie de son rapport portant sur l'établissement possible d'une juridiction pénale internationale. A sa 2214ème séance, la Commission a décidé de renvoyer le projet d'article Z au Comité de rédaction pour que celui-ci l'examine à la lumière, notamment, des propositions concrètes qui avaient été faites par les membres de la Commission, y compris le Rapporteur spécial, lors du débat. Les commentaires et observations sur le neuvième rapport du Rapporteur spécial sont résumés dans les sous-sections a) à c) ci-après.

a) Les peines applicables aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

70. Dans son neuvième rapport et lors de la présentation de sa première partie portant sur les peines applicables aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, le Rapporteur spécial a rappelé avoir abordé la question des peines dans son huitième rapport en présentant trois versions d'un projet d'une disposition éventuelle 295/ qui était destiné à susciter des débats au sein de la Commission et non à être considéré à ce stade comme ayant un caractère définitif . Par ailleurs, comme certains membres de la Commission avaient fait observer que les peines devraient figurer dans le code lui-même et non dans le statut de la cour envisage, il proposait maintenant un projet d'article Z sur les peines applicables 296/ pour inclusion dans le projet de code.

295/ A/CN.4/430/Add.1, par. 27 à 31.

296/ Le projet d'article Z présenté par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

Article 7. -- Les peines applicables

"Tout accusé, convaincu de culpabilité d'un des crimes définis dans le présent code, sera condamné à la peine d'emprisonnement à perpétuité.

(Suite de la note page suivante)

71. Le Rapporteur spécial a signalé que les peines applicables soulevaient des problèmes assez délicats, comme en témoignait le fait que la Commission, face aux critiques des gouvernements, avait retiré du projet de code de 1954 le projet d'article 5, qui portait sur cette question. En effet, à sa troisième session, en 1951, la Commission avait adopté un projet d'article 5 libellé comme suit : "La peine pour tout crime défini dans le présent Code sera déterminée par le tribunal compétent pour juger 1 'accusé, compte tenu de la gravité du crime". Mais cette disposition avait l'inconvénient de laisser au juge le soin de fixer la peine à appliquer et, devant les vives réserves desgouvernements qui avaient communiqué leurs observations à la Commission 297/, celle-ci avait finalement jugé opportun de la retirer de son texte.

72. Les problèmes soulevés par les peines applicables étaient, selon le Rapporteur spécial, de deux ordres : problèmes d'ordre méthodologique et problèmes tenant à la diversité des systèmes juridiques nationaux.

73. Pour ce qui est des problèmes d'ordre méthodologique, le Rapporteur spécial a souligné la question de savoir s'il fallait indiquer pour chaque crime - génocide, crimes de guerre, etc. - la peine correspondante ou bien, ces crimes se caractérisant toua par ieur extrême gravité, s'il fallait prévoir dans une formule générale la même peine pour toua les cas, avec un minimum et un maximum, selon qu'il y aurait ou non des circonstances atténuantes . C'était cette dernière solution que le Rapporteur spécial avait jugé bon de retenir, estimant impossible d'établir une échelle des peines pour chaque crime pria séparément.

(Suite de la note 296/)

Si l'accusé bénéficie de circonstances atténuantes, il sera condamné à la peine d'emprisonnement de 10 à 20 ans.

[L'accusé pourra en outre, le cas échéant, être condamné à la confiscation totale ou partielle des biens volés ou qu'il se sera illégalement appropriés. Le tribunal décidera de l'attribution de ces biens à une organisation humanitaire.]"

297/ Voir document A/CN.4/435 et Corr.1, par. 18 à 22.

74. S'agissant des problèmes soulevés par la diversité des systèmes juridiques, le Rapporteur spécial a fait observer qu'établir une échelle des peines appelait une unité de conception morale et philosophique qui existait en droit interne mais non cn droit international. Les peines variaient d'un pays à l'autre, selon les infractions à sanctionner. De plus, il y avait des peines comme la peine de mort et d'autres peines afflictives (les mutilations physiques, par exemple) qui étaient contestées et n'étaient pas d'application universelle.

75. Aussi le Rapporteur spécial s'était-il attaché à éviter les extrêmes et à trruver un juste milieu qui paraisse acceptable à tous les Etats. Il proposait que les crimes définis dans le code soient frappés d'une peine d'emprisonnement à perpétuité. Ce type de sanction avait suscité à la session précédente de la Commission des réserves de la part de ceux qui considèrent qu'il exclut toute possibilité d'amendement et de réinsertion du condamné; il semblait pourtant que cette solution puisse recueillir un large accord. Au cas où des circonstances atténuantes seraient retenues, une peine d'emprisonnement de 10 à 20 ans serait possible.

76. De l'avis du Rapporteur spécial, le projet d'article 2 qu'il présentait constituait un progrès par rapport au projet de disposition préparé et puis retiré par la Commission dans les années 50 (voir supra, par. 71) en ce sens que la peine à appliquer ne serait pas déterminée par le juge compétent, puisqu'elle était fixée pour l'ensemble des crimes visés par le code lui-même. Cette peine pourrait être complétée par une peine de caractère facultatif, placée entre crochets dans le rapport : la confiscation totale ou partielle des biens que le condamné aurait volés ou qu'il se serait illégalement appropriés. Cette peine, déjà prévue dans le statut du Tribunal de Nuremberg, s'appliquerait tout particulièrement dans le cas des crimes de guerre, qui s'accompagnaient fréquemment de vols ou d'appropriation par la force de biens appartenant à des particuliers, notamment dans les territoires occupés. Pour ce qui était du destinataire des biens ainsi confisqués, le Rapporteur spécial a signalé que, sur le plan national, les biens confisqués revenaient à l'Etat mais que sur le plan international il serait difficile de les attribuer à tei ou tel Etat. Le Rapporteur spécial proposait donc de laisser au tribunal compétent le soin de remettre ces biens à une organisation internationale de caractère humanitaire, comme l'UNICEF, le CICR, un organe international de lutte contre le trafic illicite de stupéfiants, etc.

77. Il y a eu le sentiment général au sein de la Commission que le projet de code devait contenir des dispositions sur les peines applicables.

i) Inclusion des peines dans le projet de code ou renvoi au droit interne des Etats

78. La grande majorité des membres estimaient qu'il fallait prévoir les peines dans le code lui-même et non pas se contenter d'un simple renvoi au droit pénal interne des Etats parties au code. Il a été signalé à ce sujet que prévoir les peines dans le code lui-même, lequel serait adopté au moyen d'une convention internationale, était plus conforme au principe nulla poena sine lege et était indispensable à une application uniforme des peines prévues, évitant ainsi les inconvénients résultant de la diversité des systèmes nationaux en matière pénale. D'ailleurs la solution de laisser au tribunal le soin de déterminer la peine applicable pourrait non seulement créer des problèmes de manque d'uniformité dans l'application, mais aussi rendre le code incomplet en se limitant à incriminer un certain nombre d'actes sans préciser les conséquences qui en résulteraient pour les coupables, en affaiblissant ainsi le code dans son ensemble. Il a été signalé aussi qu'à la différence du paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel faisait une référence aux principes généraux de droit, l'inclusion de peines dans le code permettrait d'éviter une telle référence dans la justification de l'ouverture de poursuites contre l'auteur d'un crime qui touche l'ensemble de la communauté internationale.

79. Quelques membres, cependant, préféraient en matière de peines la solution d'un renvoi au droit interne des Etats, et s'interrogeaient sur la sagesse qu'il y aurait à vouloir un régime de peines uniformes dans un monde qui ne l'était pas. Un membre, en particulier, a signalé qu'en adhérant à une convention internationale, fixant des peines, certains Etats se heurteraient à des problèmes de procédure et d'éthique et devraient modifier profondément leur code pénal s'agissant des peines applicables à des crimes qui étaient peut-être punis dans leur droit interne d'une façon plus bénigne que dans le projet de code. Il se demandait si cela n'aurait pas une incidence sur le degré d'acceptation que le projet de code pourrait recueillir parmi ces Etats. Un autre membre était d'avis que le mieux serait de laisser les Etats intéressés régler la question des peines conformément à leur droit interne.

Pour parer à d'éventuels abus, le code pourrait inclure une disposition exigeant en termes généraux que les crimes soient punis de peines tenant compte de leur extrême gravité. Toutes les conventions contre le terrorisme comportaient une disposition de cet ordre, dont l'application avait donné d'assez bons résultats.

ii) Peine unique ou peine pour chaque crime

80. La majorité des membres de la Commission, qui était favorable à une détermination des peines applicables dans le code lui-même, s'était cependant partagée en deux tendances : l'une préférait l'établissement de sanctions distinctes selon le crime dont il s'agissait; l'autre était favorable à une peine unique dotée d'un minimum et d'un maximum à déterminer par le tribunal selon les circonstances propres à chaque espèce. A cet égard toutefois, un membre a émis l'avis qu'il serait souhaitable de ne pas fixer dans le projet de code un minimum pour les peines applicables, de façon que le tribunal, lors du prononcé de la sentence, soit mieux en mesure de tenir compte des circonstances particulières de chaque cas.

81. Les membres qui étaient favorables à l'établissement de peines distinctes pour chaque crime ont fait valoir la spécificité, le caractère individuel de chaque crime orévu dans le projet de code. A leur avis, des crimes comme le génocide, l'agression, l'apartheid et le colonialisme, par exemple, ne sauraient être mis sur le même plan que le trafic de stupéfiants ou le mercenariat. Les crimes visés dans le code méritaient donc des peines sévères mais différenciées. La gravité des sanctions devait être fonction de la nature du crime et des circonstances dans lesquelies il avait été commis. Il ne fallait pas laisser au juge le soin de régler cette question mais la traiter dans le code lui-même, en considérant chaque crime isolément, et en fixant une peine minimale et maximale pour chaque crime.

82. Les membres qui préféraient l'établissement d'une peine unique avec un maximum et un minimum étaient d'avis que le critère qui avait permis d'inclure certains crimes dans le projet de code était leur extrême gravité, le fait qu'ils constituaient les crimes les plus graves parmi les plus graves. On pourrait peut-être juger certains crimes, comme l'agression ou le génocide, plus graves que d'autres; mais ces différences pouvaient être couvertes par la marge d'appréciation que la fixation d'une peine unique mais assortie d'un minimum et maximum laisserait au tribunal. Un membre, en particulier, a fait valoir des raisons pratiques. A son avis, et en théorie, l'idéal serait de

prévoir une peine pour chaque crime, car, même si tous les crimes visés dans le code se caractérisaient par leur extrême gravité, leur degré de gravité pouvait varier. La justice et l'équité voudraient donc que le crime fût réprimé selon son degré de gravité et selon le degré de responsabilité de son auteur. Toutefois, cette solution idéale était sans doute impossible à appliquer et elle supposerait des débats sans fin pour caractériser chacun des crimes, déterminer sa gravité et la peine correspondante applicable. Aussi dans la pratique et par souci de réalisme, la Commission n'avait d'autre choix que de poser le principe d'une peine commune à tous les crimes.

iii) Le type de peines applicables

83. Un débat prolongé s'est instauré par la suite au sein de la Commission au sujet de la nature des peines à prévoir dans le code, c'est-à-dire sur la question de savoir en quoi les peines du code devaient consister. La peine de mort, la peine d'emprisonnement, d'autres peines possibles, la gradation de ces peines ainsi que les solutions préconisées par le Rapporteur spécial dans son projet d'article Z ont fait l'objet d'un examen détaillé de la part des membres.

La peine de mort

84. Beaucoup de membres de la Commission ont appuyé la position du Rapporteur spécial de ne pas inclure la peine de mort parmi les peines applicables aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il a été indiqué à ce sujet que la Commission ne devrait pas chercher à résister à la tendance qui se dégageait dans le monde en faveur de l'abolition de la peine de mort, même pour les crimes les plus graves comme le génocide. La tendance qui s'était manifestée depuis les procès de Nuremberg et de Tokyo illustrait cet abandon progressif de la peine de mort. De l'avis de ces membres, l'abolition de la peine de mort constituait un progrès moral qui devait être consolidé. La peine de mort était inutile et sans objet et nul n'avait le droit de priver qui que ce soit de la vie. En outre, cette peine avait été supprimée depuis longtemps dans de nombreuses législations nationales et les Etats qui l'avaient abolie répugneraient à adhérer à un instrument qui la rétablirait. Dans beaucoup de ces pays, l'abolition de la peine de mort avait acquis valeur de principe constitutionnel, et certains instruments internationaux, soit de portée universelle, soit de portée régionale, consacraient aussi soit son abolition, soit l'interdiction de son rétablissement. Parmi ces instruments,

les suivants ont été cités : le deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort (résolution 44/128 de l'Assemblée générale), le Protocole additionnel No 6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Protocole à la Convention américaine des droits de l'homme, relatif à l'abolition de la peine de mort.

85. Certains autres membres ont exprimé des réserves à cette position. De l'avis de ces membres, il serait prématuré que la Commission, qui légiférait pour des Etats n'ayant pas les mêmes idées sur la peine de mort, adopte une position tranchée en la matière au lieu de laisser aux Etats intéressés une liberté d'appréciation. Un grand nombre d'Etats consacraient encore la peine de mort dans leur droit interne pour des crimes particulièrement odieux. La non-inclusion de la peine de mort dans le projet de code ne manquerait pas d'être source de débats parmi ces Etats et risquerait de nuire à l'acceptabilité du code parmi eux. Certains membres ont indiqué que même certains instruments régionaux qui consacraient en principe l'abolition de la peine de mort établissaient certaines exceptions dans certains cas. Ainsi, par exemple, le Protocole additionnel No 6 à la Convention européenne, cité plus haut, qui prévoyait l'abolition et le non-rétablissement de la peine de mort er. temps de paix, énonçait aussi une réserve en cas de guerre, et même en cas de "danger imminent de guerre" - danger que, d'après certains auteurs, les autorités de l'Etat intéressé seraient libres d'apprécier. En outre le deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale, était, comme son nom l'indiquait, facultatif et nullement obligatoire. Le projet de code visait seulement les crimes les plus graves parmi les plus graves et il ne fallait pas en faire un instrument pour résoudre le problème de la peine capitale. De l'avis de ces membres, laisser cette matière à la discrétion des Etats n'enfreindrait en rien le principe nulla poena sine lege : il suffirait d'inscrire dans le code une disposition générale prévoyant que ces crimes seraient punis d'une peine proportionnée à leur degré de gravité. Un membre, en particulier, a suggéré que, pour ménager la susceptibilité des Etats qui avaient renoncé à la peine de mort, l'on pourrait assortir l'article du code prévoyant cette peine d'une réserve qui donnerait à tout Etat engageant une action le droit de demander au tribunal de ne pas infliger la peine de mort en cas de condamnation.

L'emprisonnement à perpétuité

86. En rapport avec le **paragraphe premier** du projet d'article présenté par le Rapporteur spécial, certains membres de la Commission ont exprimé leur préférence pour la peine d'emprisonnement à perpétuité qui, de l'avis de plusieurs d'entre eux, était la seule peine qui pouvait rendre acceptable l'élimination de la peine de mort, et qui offrait l'avantage d'être réversible en cas d'erreur. Il a été souligné par ces membres que la communauté internationale devait se montrer particulièrement exigeante quant à l'exemplarité de la peine applicable aux auteurs de ces crimes barbares, afin d'empêcher que de tels faits ne se reproduisent et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Tel était le critère auquel obéissaient la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (résolution 2391 (XXIII) de l'Assemblée générale), la Déclaration sur l'asile territorial (article ler) (résolution 2312 (XXII) de l'Assemblée générale), et la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale relative aux principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. De l'avis de certains de ces membres, il paraissait difficile d'envisager la libération, même après 20, 25 ou 30 ans de prison, de dictateurs coupables d'agression, de génocide ou d'autres crimes tout aussi graves, ou même l'élargissement d'un gros trafiquant de stupéfiants. La mise en liberté de tels individus était inconcevable. Il s'agissait donc d'adapter la peine non seulement au crime, mais aussi à la gravité du danger, et d'empêcher à tout prix que de tels crimes ne se reproduisent. Les dictateurs qui survivaient à une défaite avaient tendance à reprendre leurs agissements antérieurs, et, si ce n'était pas de leur propre initiative, avec les encouragements d'anciens alliés ou partisans.

87. Il a aussi été signalé en faveur de l'emprisonnement à perpétuité que la plupart des pays qui renonçaient à la peine de mort admettaient comme peine de substitution la peine d'emprisonnement à perpétuité. Fixer pareille peine éviterait de susciter de vives objectiorrs de la part des Etats qui étaient encore partisans de la peine de mort et pourrait même les inciter à renoncer progressivement à cette peine dans leur droit interne.

88. D'autres membres ont exprimé des réserves à l'égard de l'emprisonnement à perpétuité qui, lui aussi, avait été éliminé de nombreuses législations comme étant contraire à certains principes fondamentaux des droits de l'homme. De l'avis de certains de ces membres, l'objectif de la peine était la justice et non la rétribution aveugle. Avec le temps et dès lors que le criminel avait cessé de constituer un danger, la vindicte publique devait s'apaiser. Une peine d'emprisonnement à perpétuité imposée à une personne âgée sans aucune possibilité de rémission ne faisait pas honneur à la conscience de l'humanité et bien des pays s'étaient dotés d'un mécanisme de pardon ou de grâce.

L'emprisonnement temporaire

89. Plusieurs membres étaient favorables à la fixation d'une peine maximale et d'une peine minimale, laissant au tribunal la latitude d'établir la durée de l'emprisonnement en fonction de la gravité du crime et des circonstances de chaque cas : 25, 30, 35 et 40 ans ont été mentionnés par divers membres comme limite supérieure à la peine; 10, 14 et 15 comme limite inférieure.

90. Tandis que certains de ces membres pensaient que le jugement devait être sans appel et que le détenu ne devait, en aucun cas, être autorisé à demander sa libération avant d'avoir entièrement purgé sa peine, d'autres membres étaient d'avis que le condamné pourrait bénéficier d'une remise de peine ou d'une libération conditionnelle pour bonne conduite. Un membre a proposé la création d'un conseil international qui serait chargé d'examiner les recours en grâce et les demandes de mise en liberté surveillée et ne pourrait envisager la libération d'un détenu tant qu'il n'aurait pas exécuté au moins les deux tiers de sa peine.

91. En rapport avec l'emprisonnement temporaire, plusieurs membres ont exprimé certaines observations concernant le paragraphe 2 du projet d'article présenté par le Rapporteur spécial. Ils acceptaient la possibilité de moduler la peine proposée dans ce paragraphe, mais étaient d'avis qu'il fallait laisser au tribunal une certaine latitude pour tenir compte de la présence ou de l'absence non seulement de circonstances atténuantes mais aussi de circonstances aggravantes et, en fait, de toutes autres circonstances pertinentes, notamment la personnalité de l'auteur, les circonstances dans lesquelles l'acte avait été commis, la gravité de ses conséquences et la distinction entre les auteurs principaux ou personnes qui avaient joué un rôle prépondérant dans la perpétration d'un crime et les personnes subalternes

qui avaient agi sur ordre. Certains membres ont mentionné, parmi les circonstances aggravantes dont il fallait tenir compte dans la fixation de la peine, le non-respect des résolutions du Conseil de sécurité, le comportement particulièrement monstrueux de l'accusé, la préméditation, la planification et l'exécution méthodique, par exemple d'un programme de génocide et, parmi les circonstances atténuantes, la aimple tentative ou l'irresponsabilité pénale partielle de l'accusé.

92. Sur le plan linguistique, le mot "emprisonnement" employé par le Rapporteur spécial aux paragraphes 1 et 2 de son projet d'article fut qualifié de "vague" par certains membres, qui ont signalé que le droit interne de plusieurs pays prévoyait de nombreuses formes d'emprisonnement, comme la réclusion et la détention. Ces membres préféraient une expression plus neutre telle que "privation de liberté".

La confiscation

93. Plusieurs membres ont fait des observations au sujet du paragraphe 3 du projet d'article présenté par le Rapporteur spécial, paragraphe qui porte sur la confiscation des biens volés.

94. Il y a eu le sentiment parmi ces membres que tel qu'il se trouvait rédigé, le paragraphe ne consacrait vraiment pas une peine mais une mesure de simple restitution qui ne possédait pas un caractère afflictif. Il fallait distinguer la confiscation en tant que restitution et la confiscation en tant que peine.

95. Même dans son libellé actuel et sur le plan strict de la confiscation en tant que restitution, le paragraphe soulevait plusieurs difficultés signalées par ces membres. D'abord l'expression "biens qu'il se sera illégalement appropriés" paraissait inclure les "biens volés", ce qui rendait cette seconde expression inutile. Deuxièmement, les profits tirés des biens illicitement acquis devraient aussi être confisqués. Troisièmement, on voyait mal pourquoi la confiscation de ces biens pourrait n'être que partielle, et l'argument avancé à cet égard au paragraphe 33 du rapport n'était guère convaincant : pas plus que le criminel lui-même, son conjoint ni ses héritiers ne devraient profiter de ces biens mal acquis. Quatrièmement, bien qu'il s'agît là d'une idée fort louable, ces membres voyaient mal en vertu de quel principe la cour devrait attribuer les biens en question à une organisation humanitaire. Les biens volés devraient être restitués à leur propriétaire légitime.

Ce n'était que dans le cas très particulier où le propriétaire spolié serait décédé sans laisser d'ayant droit que le problème de leur dévolution se poserait.

96. Plusieurs membres ont suggéré que le projet d'article devrait prévoir la confiscation des biens soit comme peine complémentaire, c'est-à-dire comme peine prévue dans le Code mais dont l'application serait soumise à la discrétion du tribunal, soit comme peine accessoire, cas dans lequel elle s'ajouterait automatiquement à la peine principale, l'emprisonnement. Ces membres pensaient que la peine de confiscation pouvait, selon les cas, revêtir l'un et l'autre caractère. On pouvait considérer qu'il y avait des cas où cette peine serait prononcée automatiquement, par exemple lorsqu'il s'agissait de confisquer des objets qui avaient servi à la perpétration du crime poursuivi, des moyens de production et de transport de la drogue, des produits de l'activité criminelle, des biens et des profits acquis illégitimement à l'occasion de cette activité criminelle; et d'autres cas où la confiscation serait facultative.

91. Plusieurs suggestions ont été faites par des membres au sujet du destinataire possible des biens, soit dans le cas où les biens spoliés qui seraient confisqués se trouveraient sans propriétaire légitime ou ayant droit, soit dans le cas de confiscation en tant que sanction pénale. Ainsi il a été suggéré que ces biens pourraient être affectés au premier chef à la réparation des dommages subis par les victimes des crimes en question ou à l'Etat lésé. Certains autres membres ont appuyé la suggestion du Rapporteur spécial de remettre ces biens à une organisation humanitaire telle que le Comité international de la Croix-Rouge, le Fonds des Nations Unies pour l'Enfance (UNICEF), un organe international de lutte contre le trafic illicite international de stupéfiants, le Programme alimentaire mondial (PAM), etc. D'autres membres ont suggéré que ces biens pourraient être remis à un fonds destiné à financer les opérations de maintien de la paix de l'ONU, voire à un fonds du Secrétaire général destine à aider les Etats qui ne disposaient pas des moyens financiers pour ce faire à saisir la Cour internationale de Justice. Un membre a estimé que ces biens, si l'on ne parvenait pas à les restituer à leur légitime propriétaire, faute de pouvoir le retrouver, devraient être remis à l'Etat, qui les attribuerait aux oeuvres de son choix.

Pour le cas des biens confisqués à l'occasion d'un trafic de stupéfiants, un membre a suggéré de les mettre à la disposition des centres de traitement de toxicomanes. Un membre, en particulier, a suggéré de confier ces biens à un fidéicommis, ou de les remettre à l'Etat qui doit juger l'accusé, ou à l'Etat à qui il sera demandé d'appliquer la sentence de la cour, ou bien encore de les confier à la garde de la juridiction pénale internationale elle-même.

Autres peines possibles

98. Certains membres ont suggéré que les peines d'emprisonnement et de confiscation proposées par le Rapporteur spécial devraient être complétées par d'autres peines. Il a été signalé que, vu le caractère des crimes visés, les sanctions pénales devaient être à la fois afflictives, c'est-à-dire affecter la vie même du coupable, et infamantes, c'est-à-dire atteindre le coupable dans sa réputation morale, dans sa condition juridique et politique et dans sa situation familiale et sociale. Il serait difficile de traiter l'auteur de tels crimes de façon plus clémente que l'auteur d'un crime de droit commun ou d'un crime politique de type classique. Ainsi, un membre a suggéré de prévoir aussi dans le projet de code les peines accessoires d'incapacité absolue et d'interdiction civile. D'autres membres ont suggéré l'amende et les travaux d'intérêt général. Pour ce qui est de l'amende, un membre a signalé qu'au fond elle constituait une forme de la confiscation. Quant aux travaux d'intérêt général, certains membres pensaient qu'il fallait aborder cette question avec la plus grande circonspection étant donné qu'il était difficile de tracer une frontière entre la peine proposée et les travaux forcés, ces derniers étant interdits par des conventions spécifiques en matière de droits de l'homme.

iv) Conclusions du Rapporteur spécial

99. Se référant aux différentes observations faites par des membres au sujet des peines applicables, le Rapporteur spécial a souligné le manque d'unanimité qui régnait en la matière.

100. Pour certains, la détermination des peines applicables était du ressort du droit interne, et la Commission devait laisser cette question de côté. Le Rapporteur spécial ne partageait pas ce point de vue. A son avis, la Commission pouvait fort bien faire des propositions sur l'application des peines, et même suggérer des peines précises, sans pour autant empiéter sur les prérogatives des Etats, à qui il appartiendrait en dernier ressort de décider. En laissant de côté la question des peines applicables,

la Commission risquerait d'encourir les critiques adressées aux auteurs du projet de code de 1954, qui se sont vu reprocher d'avoir rédigé des dispositions relatives aux crimes sans prévoir de sanctions, au mépris de la règle "nulla poena sine lege".

101. Passant aux réactions suscitées par son projet d'article consacré aux peines applicables, le Rapporteur spécial constatait que là encore les attitudes étaient assez divisées. Une partie des membres de la Commission considéraient que, vu l'évolution du droit international, la peine de mort était dépassée et ne saurait être retenue, en faisant valoir, entre autres choses, des raisons morales, constitutionnelles et conventionnelles. Certains membres allaient même jusqu'à écarter l'emprisonnement à perpétuité. De l'avis du Rapporteur spécisi, c'était là aller trop loin. Il ne fallait pas perdre de vue que les crimes visés par le code étaient d'une exceptionnelle gravité et appelaient l'application d'un régime exceptionnel, ce que la Commission avait d'ailleurs reconnu en décidant, contrairement à tous les principes de droit pénal, que ces crimes étaient imprescriptibles. De l'avis du Rapporteur spécial, si l'on ne mentionnait pas, entre crochets, la peine de mort dans le projet d'article, il faudrait au moins retenir l'emprisonnement à perpétuité.

102. Quant aux circonstances aggravantes, le Rapporteur spécial avait décidé après réflexion de renoncer à cette notion, pour la simple raison que, vu la gravité des crimes en cause, on voyait mal comment il pourrait y avoir des circonstances aggravantes.

103. Si le Rapporteur spécial avait proposé, pour ce qui était des peines, une disposition de caractère général applicable à tous les crimes visés dans le code, c'était que selon lui ces crimes étant tous d'une extrême gravité, ils pouvaient être mis sur le même plan. Mais cette disposition n'était pas aussi rigide qu'il y paraissait puisque, du fait que l'on admettait les circonstances atténuantes, le juge aurait toujours la possibilité de moduler la peine.

104. En ce qui concerne la confiscation des biens, le Rapporteur spécial reconnaissait que la formule proposée par le texte du projet d'article Z n'était pas tout à fait satisfaisante. Peut-être serait-il préférable de prévoir la confiscation totale des biens, en renoncant à envisager la confiscation comme une forme de réparation, auquel cas c'était à la partie civile, éventuellement, qu'il incomberait de demander réparation.

105. Le Rapporteur spécial a indiqué que, pour tenir compte des observations formulées au cours du débat, il avait rédigé deux nouvelles versions du projet d'article Z 298/.

b) La compétence d'une cour pénale internationale

106. Dans son neuvième rapport ainsi que lors de la présentation de la deuxième partie de celui-ci, le Rapporteur spécial a signalé que, tenant compte des considérations reflétées au paragraphe 68 ci-dessus, il avait developpé particulièrement dans son rapport la question relative à la compétence d'une cour pénale internationale. Cette question avait été examinée à plusieurs reprises au sein des Nations Unies, et notannnent par le Comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale, qui avait élaboré un

---

298/ Les deux nouvelles versions du projet d'article Z présentées par le Rapporteur spécial se lisent comme suit :

Première version

"Toute personne convaincue d'un des crimes prévus dans le présent Code sera condamnée à la [peine de réclusion perpétuelle] peine de réclusion incompressible de 15 à 35 ans, sans préjudice des autres condamnations suivantes, si le tribunal le juge nécessaire :

1. Travaux d'intérêt général;
2. Confiscation totale ou partielle de biens;
3. Privation de certains ou de tous les droits civiques et politiques."

Deuxième version

"1. La Cour pourra appliquer l'une des peines suivantes :

[a) réclusion à vie;]
b) réclusion incompressible de 10 à 35 ans.

2. En outre, la Cour pourra ordonner :

a) les travaux d'intérêt général;
b) la confiscation totale ou partielle de biens;
c) la privation de certains ou de tous les droits civiques et politiques."

texte révisé de projet de statut pour une cour criminelle internationale 299/. C'est de la solution proposée à l'article 27 de ce texte, tout en la modifiant ou en la complétant, que s'était inspiré le Rapporteur spécial dans la préparation d'un projet de disposition éventuel 300/ destiné à susciter un débat sur la question, débat plus approfondi qui permettrait de le guider plus tard. Ce projet de disposition n'était donc pas destiné à être renvoyé au Comité de rédaction.

107. Se référant au paragraphe 1 du projet de disposition éventuel qu'il avait préparé, le Rapporteur spécial a fait observer que ce paragraphe établissait tout d'abord que la cour était compétente pour juger des individus,

---

299/ Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément No 12 (A/2645), annexe.

300/ Ce projet de disposition éventuel se lisait comme suit :

"La compétence de la cour

1. La cour juge les individus accusés de crimes définis dans le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité [accusés de crimes définis à l'annexe du présent statut] et pour lesquels l'Etat ou les Etats sur le territoire desquels il est allégué que le crime a été commis lui ont attribué compétence.

2. L'attribution de compétence de l'Etat ou des Etats dont l'auteur a la nationalité ou de l'Etat victime ou contre lequel le crime a été dirigé ou de l'Etat dont les nationaux ont été les victimes n'est requise que s'il résulte de leur législation interne qu'ils ont également compétence pour juger ces individus.

3. La cour connaît de toute contestation relative à sa propre compétence.

4. Sous réserve que compétence lui soit attribuée par les Etats concernés, la cour connaît également des conflits de compétence judiciaire qui peuvent surgir entre ces Etats, ainsi que des demandes en révision des jugements de condamnation prononcés à raison d'un même crime par des juridictions ressortissant d'Etats différents.

5. La cour peut être saisie par un ou plusieurs Etats en interprétation d'une disposition de droit international pénal."

c'est-à-dire des personnes physiques, et non des Etats. Ensuite, le paragraphe établissait une règle relative à la compétence ratione materiae. Le paragraphe prévoyait deux options : soit la cour poursuivait les crimes définis dans le code; soit elle poursuivait les crimes qui seraient définis dans une annexe à son statut (et qui seraient naturellement beaucoup moins nombreux que cew prévus dans le code). Pour sa part, le Rapporteur spécial pensait qu'il ne fallait pas être trop ambitieux quant à la compétence ratione materiae, car tous les débats faisaient ressortir une certaine réserve à cet égard. Mieux valait procéder avec prudence et souplesse, en commençant par exemple par limiter cette compétence aux crimes faisant l'objet de conventions internationales, donc d'un accord général, comme le génocide, l'apartheid, certains crimes de guerre, certains actes de terrorisme – comme l'atteinte aux personnes et aux biens bénéficiant de la protection diplomatique – et le trafic de stupéfiants, qui seraient énumérés dans une annexe au statut de la cour.

108. Pour ce qui était de la question relative à l'attribution de compétence par les Etats, le Rapporteur spécial, tout en rappelant son hostilité de principe à cette règle, constatait néanmoins que les réalités internationales rendaient difficile la possibilité de s'en passer. En la circonstance, cette règle pouvait concerner quatre Etats : l'Etat sur le territoire duquel le crime avait été commis, l'Etat victime (ou dont les nationaux avaient été victimes du crime), l'Etat dont l'auteur du crime avait la nationalité, et l'Etat sur le territoire duquel avait été retrouvé l'auteur du crime. Pour ce dernier Etat, la décision d'extrader ou non revenait en fait à reconnaître ou non la compétence de la cour. Le problème ne se posait donc que pour les trois autres Etats. Dans le projet de statut de 1953, l'attribution de compétence était requise de deux Etats : l'Etat sur le territoire duquel le crime avait été commis, et celui dont l'auteur du crime avait la nationalité. Le projet de disposition éventuel que le Rapporteur spécial avait préparé était moins rigide. Le paragraphe 1 réaffirmait sans restrictions le principe de la territorialité, en ce sens que l'attribution de compétence était obligatoirement requise de l'Etat sur le territoire duquel le crime avait été commis. Ce principe étant posé, le Rapporteur spécial avait aussi voulu faire une place au principe de la personnalité, active ou passive, dont l'application avait tendance à prendre de l'ampleur. Nombreux étaient en effet les Etats qui se reconnaissaient compétents dans certains cas, alors que

le crime n'avait pas été commis sur leur territoire. Le paragraphe 2 disposait donc que l'attribution de compétence de l'Etat dont l'auteur du crime avait la nationalité ou de l'Etat victime ou dont les nationaux avaient été les victimes ne pouvait être requise que si la législation interne de ces Etats l'exigeait dans le cas considéré. La multiplicité des Etats dont l'attribution de compétence était requise multipliait aussi les obstacles, mais c'étaient les Etats qui déterminaient leurs propres règles de compétence. De l'avis du Rapporteur spécial, écarter complètement ces Etats serait séduisant sur le plan théorique, mais illusoire sur le plan pratique.

109. Le Rapporteur spécial a signalé que le projet de disposition éventuel qu'il avait préparé prévoyait en outre que la cour connaissait de toute contestation relative à sa propre compétence (par. 3), qu'elle connaissait également des conflits de compétence judiciaire et des demandes en révision des jugements prononcés à raison d'un même crime (par. 4), et qu'elle pouvait être saisie en interprétation d'une disposition du droit international pénal (par. 5). Dans ce dernier cas, l'intervention de la cour permettrait de lever certaines incertitudes terminologiques et de préciser le sens et le contenu de tous les principes que le droit international pénal, droit nouveau, empruntait au droit pénal interne.

110. Beaucoup de membres ont appuyé la démarche prudente du Rapporteur spécial de rédiger des projets d'article exploratoires sur deux aspects très importants d'un statut éventuel d'une cour pénale internationale, même en l'absence d'une demande précise de l'Assemblée générale à ce sujet. Ils pensaient que le libellé de la résolution 45/41 de l'Assemblée générale justifiait pleinement cette démarche. Quelques membres, cependant, pensaient que, dorénavant, la Commission devrait attendre une demande claire et précise de l'Assemblée générale avant de s'engager dans des travaux ultérieurs au sujet de l'établissement d'une cour pénale internationale. D'autres membres estimaient que les incertitudes quant à l'extension du mandat de la Commission aux questions institutionnelles et de procédure n'étaient plus justifiées, notamment en vertu du paragraphe 3 de la résolution 45/41 de l'Assemblée générale. De l'avis de ces membres, il appartenait dorénavant à la Commission de décider à quel moment examiner à fond la question d'une cour pénale internationale et de prendre position, dans les limites de sa fonction consultative, sur la possibilité de créer un tribunal pénal international ou un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international.

111. Plusieurs membres ont exprimé une opinion favorable à la création d'une cour, création qui, ainsi que la Commission l'avait signalé à sa session précédente, marquerait un progrès de plus dans le développement du droit international et qui, si elle recevait un large appui de la communauté internationale, renforcerait la primauté du droit à travers le monde. A leur avis, seule la création d'une cour pénale internationale offrirait l'objectivité et l'impartialité voulues dans l'applic. tion du code, éléments sans lesquels il ne saurait y avoir d'ordre international valable et durable. Ces membres ont souligné que des événements récents ainsi que des initiatives prises par plusieurs pays avaient fait progresser l'idée d'une juridiction pénale internationale.

112. Un membre, en particulier, tout en étant favorable à la création d'une cour pénale internationale permanente, estimait que cette solution, bien que la meilleure, était la plus difficile à appliquer. Afin de contourner ces difficultés, ce membre pensait qu'à un premier stade et comme solution provisoire, il serait possible et souhaitable de créer un tribunal à composition mixte en adjoignant aux juges nationaux des juges étrangers, par exemple de l'Etat victime, de l'Etat de la nationalité de l'accusé ou de l'Etat sur le territoire duquel le crime est censé avoir été commis (s'il ne se confondait pas avec l'Etat qui exerce les poursuites) et, si possible, un ou plusieurs juges ressortissants d'Etats ou appartenant à des systèmes juridiques différents. Une solution de ce type permettrait peut-être de rassurer tous ceux qui tenaient à ce que la procédure soi impartiale. Un membre a préconisé la création d'une cour pénale internationale à titre intérimaire pour combler le vide actuel dû à l'absence d'une juridiction pénale internationale.

113. S'agissant des paragraphes 1 et 2 du projet d'article éventuel préparé par le Rapporteur spécial sur la compétence de la cour, plusieurs membres ont signalé que ces deux paragraphes portaient essentiellement sur trois questions différentes. La première était la nature ou étendue de la compétence dont la cour serait dotée, à savoir s'il s'agissait d'une compétence exclusive, d'une Compétence co. nte avec celle des juridictions nationales ou d'une compétence pour examiner les recours contre les jugements émanant des juridictions nationales. La deuxième question était celle de la compétence ratione materiae, c'est-à-dire des crimes que la cour serait appelée

à poursuivre et juger. La troisième était celle de l'attribution de compétence à la cour, à savoir si le consentement de certains Etats était nécessaire pour que la cour puisse connaître d'une affaire quelconque.

i) Nature ou étendue de la compétence

114. Pour ce qui était du point de savoir si la compétence serait exclusive ou non, plusieurs membres ont remarqué que le projet d'article, sans le dire de façon exprewse, partait du principe d'une juridiction concurrente avec les juridictions nationales. 11 a été signalé à ce sujet qu'il s'agissait là d'une solution de compromis, sans doute plus acceptable aux yeux de plusieurs Etats puisqu'elle ne portait pas atteinte à leur souveraineté en matière de justice. Les Etats auraient la liberté d'engager des poursuites, soit devant leur tribunal national, soit devant l'instance internationale. La cour pénale internationale serait compétente seulement dans les cas où les tribunaux nationaux se déclareraient incompétents. D'autre part, certains membres ont exprimé de fortes réserves à l'égard de cette solution qui, à leur avis, était complexe et délicate puisqu'elle appelait à un examen minutieux des moyens de combiner la compétence des tribunaux nationaux et celle de la cour, pour éviter notamment les conflits de compétence qui entraîneraient paralysie et injustice selon le cours des événements. Cette possibilité d'actions concurrentes pourrait donner lieu à des conséquences inopportunes.

115. D'autres membres ont signalé que la solution la plus simple serait la compétence exclusive de la cour pénale internationale, ce qui permettrait d'éliminer, ou du moins de résoudre, les problèmes nombreux et complexes que feraient surgir les conflits de compétence entre la cour et les tribunaux nationaux. Restait à savoir si cette solution était acceptable à ce stade par les Etats. L'Assemblée générale ne s'était pas prononcée sur ce point, et les Etats semblaient assez partagés. Certains membres ont souligné que l'argument selon lequel les Etats ne renonceraient pas à leur souveraineté judiciaire et préféreraient se réserver le droit de juger eux-mêmes tous les crimes jusqu'aux plus graves - surtou' si cela les laissait libres d'attribuer cette compétence à une juridiction internationale au cas par cas et selon leur bon vouloir - n'était pas convaincant. A leur avis, pousser ce raisonnement jusqu'au bout obligerait à conclure que la création d'une juridiction internationale pénale digne de ce nom relevait de l'utopie. En effet, le système ainsi mis en place ne manquerait pas d'engendrer des conflits dont la solution serait difficile sinon impossible. De l'avis de quelques membres,

il fallait tenir compte du fait que le principe de la souveraineté n'était plus aussi absolu qu'il l'avait été naguère. Invoquer la notion de souveraineté pour écarter la compétence exclusive de la cour ne paraissait pas aller dans le sens des tendances actuelles. Il fallait donc que la Commission examine sérieusement les avantages et les inconvénients de la compétence exclusive, et recherche une solution de nature à permettre à l'Assemblée générale de disposer d'une gamme plus large de solutions possibles en matière de compétence.

116. Certains membres étaient favorables à une compétence de réexamen (soit en appel, soit en cassation) des décisions rendues par les juridictions nationales, ce qui à leur avis permettrait à la cour d'uniformiser la répression des crime6 internationaux et d'assurer l'impartialité et l'objectivité des poursuites. Une telle solution aurait également une fonction préventive dans la mesure où elle inciterait les tribunaux nationaux à être plus prudents et plus attentifs dans l'application des normes du droit international. Aux arguments de certains membres qui exprimaient des doutes sur la possibilité que les Etats acceptent un contrôle international sur les jugements prononcés par leurs tribunaux, et en particulier par des tribunaux supérieurs tels qu'une cour suprême, les membres favorables à une compétence de réexamen répondaient que toutes les procédures relatives aux droits de l'homme ne devenaient opérantes qu'une fois épuisées les voies de recours internes, et que les cours et comités des droits de l'homme n'avaient à connaître que d'affaires qui avaient déjà fait l'objet d'un jugement définitif des tribunaux nationaux. En d'autres termes, ces cours et comités ne faisaient que réexaminer la pratique des Etats telle qu'elle résultait des décisions des plus hautes instances judiciaires du pays concerné. Ces membres se demandaient pourquoi ce qui était possible dans le cas de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants ne le serait pas pour tous les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. A leur avis, l'idée d'une cour pénale internationale qui aurait une fonction de réexamen des décisions judiciaires internes, ainsi que des pouvoirs consultatifs, était donc réaliste et devrait être npprofondie.

117. Enfin, de nombreux autres membres de la Commission étaient favorables à une solution éclectique qui tiendrait compte de la nature du crime dont il s'agissait, dans la détermination de l'étendue de la compétence de la cour.

De l'avis de ces membres, il fallait diviser les crimes du code en deux grandes catégories. Par rapport à la première catégorie, la cour aurait compétence exclusive. Par rapport à la deuxième, compétence concurrente avec les tribunaux nationaux. Les membres qui étaient favorables à cette solution ne s'accordaient pas tous sur le point de savoir quelle catégorie de crimes devait relever de la compétence exclusive de la cour, Ainsi, de l'avis d'un membre, la cour devrait avoir compétence exclusive sur les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité et compétence concurrente sur les crimes de guerre et le crime de trafic illicite de stupéfiants. D'autres membres ont signalé les crimes contre la paix comme matière de la compétence exclusive de la cour, les autres crimes devant faire l'objet d'une juridiction concurrente, Un autre membre était d'avis que la juridiction exclusive de la cour devrait être réservée, en particulier, aux crimes faisant l'objet de conventions internationales qui prévoyaient que leurs auteurs devaient être jugés par un tribunal international, comme le crime de génocide, par exemple, Comme critère général, certains membres ont souligné que la compétence de la cour devrait être exclusive là où les tribunaux nationaux (soit ceux du lieu où le crime avait été commis, soit ceux de l'Etat dont l'auteur était ressortissant, ou ceux de l'Etat de la nationalité de la victime) risquaient de ne pas agir avec l'impartialité et l'objectivité nécessaires, et elle devrait être concurrente avec les tribunaux nationaux dans les autres cas.

ii) Çomoétence matérielle.

118. Outre la question relative à la nature de la compétence de la cour, certains membres ont formulé des observations sur la question de la compétence ratione materiae de la cour, qui était visée par le paragraphe 1 du projet d'article éventuel préparé par le Rapporteur spécial.

119. Quelques membres étaient favorables à une position qui limiterait la compétence de la cour, ainsi que le Rapporteur spécial l'avait envisagé dans le passage entre crochets du paragraphe 1, à une catégorie très restreinte de crimes, d'une extrême gravité. Certains de ces membres ont signalé que ces crimes pourraient être ceux définis par des conventions internationales en vigueur, par exemple celle portant sur le génocide. Ces membres pensaient que cette solution avait l'avantage de rendre plus acceptable, à l'égard de certains Etats, l'idée de mettre en place une juridiction pénale internationale.

120. Autre position exprimée : étendre la compétence de la cour non seulement aux crimes prévus dans le code, mais aussi à d'autres crimes internationaux en général.

121. 11 a été dit aussi que la compétence de la cour devrait englober tous les crimes prévus dans le code. Pour ce qui était de la position résumée au Paragraphe 119 ci-dessus, les membres qui se sont exprimés en ce sens Pensaient que rien ne justifiait une sélectivité, sans aucun doute inéquitable, en vertu de laquelle certains crimes entreraient seuls dans la sphère de la compétence de la cour. Contre la position résumée au paragraphe 120, ces membres ont signalé que les crimes internationaux autres que ceux visés dans le code n'étaient pas suffisamment graves pour mériter de relever de la compétence d'une juridiction internationale. A leur avis, ces autres crimes internationaux n'étaient pas non plus suffisamment identifiés dans leurs éléments constitutifs et la tâche de la cour deviendrait impossible si elle devait aussi en connaître.

iii) **Attribution de la compétence**

122. La troisième grande question posée par les paragraphes 1 et 2 du projet d'article était la question de l'attribution de compétence à la cour, à savoir si le consentement de certains Etats était nécessaire pour que la cour puisse connaître d'une affaire quelconque.

123. Quelques membres ont appuyé l'approche du **Rapporteur** spécial reflétée dans les deux paragraphes. Ainsi, un membre a souligné que les Etats faisaient montre d'une extrême prudence à l'égard de tout ce qui touchait **à** leur souveraineté. Dans ces conditions, l'acceptation du statut d'une cour pénale internationale ne devait pas emporter acceptation automatique de sa compétence. Ce consentement devait être donné séparément, par voie de convention, par compromis ou par déclaration **unilatérale,** ainsi qu'il était prévu à l'article 26 du projet de statut de 1953 pour une cour criminelle internationale. Il fallait permettre à un Etat d'exercer sa compétence en matière pénale quand bien même il aurait accepté de façon générale la compétence d'un tribunal international. Ces membres souscrivaient à l'idée de combiner les principes de la territorinlité, de la personnalité active et passive et de la protection réelle, tout en donnant la priorité au premier car, à leur avis, pareil système offrait plus d'avantages que d'inconvénients, dans la mesure où il préservait la souveraineté des Etats et que le principe

de la territorialité était la règle dans la plupart des Etats. Un de ces membres, en particulier, a fait remarquer que l'avantage de cette démarche l'emportait sur l'inconvénient qu'il pourrait y avoir, dans certains cas, à confier le soin de juger à l'Etat qui aurait peut-être ordonné l'acte criminel, ou, dans d'autres, à confier ce soin à l'Etat victime.

124. Plusieurs autres membres pouvaient accepter la solution proposée par le Rapporteur spécial dans son projet d'article mais ils avaient des réserves très sérieuses au sujet du paragraphe 2. Même au sujet du paragraphe 1, l'interprétation de ces membres n'était pas toujours analogue. Ainsi, un membre interprétait le paragraphe 1 comme signifiant que la cour serait compétente pour juger des crimes définis dans le code et commis sur le territoire d'un Etat partie à celui-ci. Les parties au code ne sauraient donc prétendre attribuer une compétence universelle à la Cour. Un autre membre cependant interprétait .e paragraphe 1 comme signifiant que la ratification ou acceptation du statut de la cour par un Etat traduisait la volonté de cet Etat de participer à la création de la cour mais il ne fallait pas en déduire que cet Etat avait donné par avance son consentement à l'exercice par la cour de sa compétence. Au contraire, l'Etat où le crime avait été commis aurait, dans chaque cas, à donner spécifiquement son consentement. Au-delà de ces différences d'interprétation, ces membres étaient d'accord sur le fait que le critère de la territorialité devait jouer un rôle essentiel dans l'attribution de compétence à la cour.

125. En revanche, ces membres ont exprimé un profond désaccord avec la solution préconisée au paragraphe 2. A leur avis, ce paragraphe semblait remettre en question l'élément territorial établi au paragraphe 1, et irait à l'encontre de l'objectif même de la création d'une juridiction criminelle puisque de nombreux Etats pourraient refuser d'attribuer compétence à la cour. Les Etats desquels une attribution de compétence serait requise étaient trop nombreux et ils seraient en mesure de juger eux-mêmes l'accusé au lieu de le déférer à la cour pénale internationale et, vu la tendance naturelle des Etats à ne pas renoncer à leur juridiction, la cour verrait sa compétence considérablement amoindrie.

126. Enfin, d'autres membres ne partageaient pas, dans son ensemble, l'approche suggérée par le Rapporteur spécial aux paragraphes 1 et 2 de son projet d'article éventuel et le considéraient comme contradictoire avec la notion de base qui devait présider à la création d'une cour de justice pénale

internationale. Ces membres ont fait remarquer que pratiquement tous les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité étaient généralement commis par des Etats, mais étaient dirigés contre d'autres Etats, voire contre l'humanité tout entière. S'agissant de cette catégorie de crimes, qui étaient des crimes de droit international, la question de la compétence intéressait non seulement des Etats pris individuellement, mais la communauté internationale dans son ensemble. Avec son approche, le Rapporteur spécial semblait avoir renoncé à la notion de crime de droit international. Or si ces crimes n'étaient pas des crimes de droit international, la question de la création d'une cour criminelle internationale perdait de son importance. La solution suggérée par le Rapporteur spécial impliquerait même un retour à un Etat de choses antérieur à l'adoption d'instruments comme la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Ces membres étaient en faveur de la compétence d'une cour pénale internationale pour tous les crimes prévus dans le Code. Il ne semblait pas y avoir de raison d'accorder un statut privilégié à l'Etat sur le territoire duquel le crime avait été commis puisque c'était la communauté internationale tout entière qui était intéressée. Ni le consentement de ce dernier Etat, ni celui de l'Etat dont l'auteur avait la nationalité, ni celui de l'Etat victime ou celui de l'Etat de la nationalité des victimes ne devrait être nécessaire pour que la communauté internationale, agissant par le biais de La cour, juge l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. De l'avis de ces membres, la question de l'attribution de compétence devait être résolue d'après les principes généraux du droit international. Il faudrait que les Etats qui adhéreraient au statut de la cour acceptent en même temps la compétence de celle-ci pour juger leurs nationaux.

iv) Autres aspects relatifs à la compétence

127. Plusieurs membres ont appuyé le paragraphe 3 du projet de disposition préparé par le Rapporteur spécial, selon lequel la cour connaîtrait de toute contestation relative à sa propre compétence. Il a été dit à ce sujet que le paragraphe était logique et s'inscrivait dans le droit fil de la pratique générale, en ce qu'il autorisait le tribunal à être juge de sa propre compétence dans un cas d'espèce donné. Etant donné que la cour devait être considérée comme la plus haute juridiction pénale dans l'ordre international, sa décision en la matière ne saurait faire l'objet de recours.

128. Pour ce qui était du paragraphe 4 du projet d'article, portant sur les conflits de compétence judiciaire entre plusieurs Etats et sur les demandes en révision des jugements, plusieurs membres ont exprimé leur accord avec la solution préconisée par le Rapporteur spécial. Un membre, en particulier, a signalé que le paragraphe était nécessaire pour une institution judiciaire de la nature ce celle que l'on envisageait de créer. Si plusieurs Etats revendiquaient chacun le droit exclusif d'attribuer compétence en fonction des critères formulés aux paragraphes 1 et 2, la cour devrait se prononcer sur ces conflits. Un autre membre a indiqué que la solution proposée dans le paragraphe faciliterait l'uniformisation de la jurisprudence en matière de conflit de lois et de juridictions et le respect du principe non bis in idem en cas de poursuite d'un même crime devant les tribunaux de deux ou plusieurs Etats.

129. D'autres membres ont exprimé des réserves au sujet du paragraphe. Un membre s'est demandé quelles règles ou critères la cour pourrait invoquer pour juger des conflits de compétence judiciaire entre Etats ou connaître des demandes en révision de jugements de condamnation prononcés par des juridictions ressortissant d'Etats différents. Le paragraphe pourrait aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du Lotus concernant l'exercice de leur juridiction par les Etats, ainsi qu'à l'encontre du principe non bis in idem.

130. Un autre membre pensait que le cas prévu par le paragraphe n'était pas un véritable cas de révision (réouverture du procès après découverte d'un fait nouveau) mais plutôt un cas de contrariété de jugements rendus par des juridictions du ressort d'Etats différents. De l'avis de ce membre, pour trancher un tel conflit, la juridiction pénale internationale devait se voir attribuer compétence par tous les Etats intéressés; et le jugement soumis à révision devait être définitif, c'est-à-dire que tous les recours internes devaient avoir été épuisés. Mais on pouvait se demander si un Etat qui ne voulait pas renoncer à sa compétence directe au profit de la juridiction internationale accepterait de soumettre à la révision par cette même juridiction une décision rendue par sa Cour suprême. Selon ce membre, on comprenait que, dans ces conditions, les auteurs du projet de statut de 1953 n'aient pas jugé opportun d'accorder pareil pouvoir de révision à la juridiction pénale qu' ils proposaient.

131. Certains autres membres reconnaissaient que la compétence de la cour en matière de révision, en qualité d'instance supérieure, pourrait inciter les tribunaux nationaux à respecter davantage les règles du droit international et à fonder leurs décisions sur des motifs appropriés. L'octroi d'un pouvoir de révision à la Cour risquait toutefois, comme il est signalé au paragraphe précédent, d'être moins acceptable encore pour les Etats que l'attribution à celle-ci d'une compétence directe.

132. Un grand nombre de membres ont appuyé le paragraphe 5 du projet d'article préparé par le Rapporteur spécial, paragraphe qui porte sur la compétence de la cour en matière d'interprétation d'une disposition de droit international pénal. Il a été signalé à ce sujet que le paragraphe permettrait à la cour de jouer un rôle important dans l'harmonisation et l'unification du droit international pénal et de préciser le sens et le contenu en droit international de certaines notions et de certains principes - par exemple les notions de complicité, de complot ou de tentative et les principes nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege et non bis in idem.

133. Quelques membres qui ont appuyé pleinement le paragraphe ont en outre formulé quelques suggestions destinées à le rédiger avec une plus grande précision ou à le développer. Ainsi, un membre a fait observer que le paragraphe ne disait rien sur le caractère obligatoire ou facultatif de l'interprétation faite par la cour. Il a souligné que le caractère obligatoire renforcerait considérablement le rôle de la cour en cette matière. D'autres membres ont suggéré que la compétence d'interprétation devrait porter seulement sur les dispositions du projet de code. Quelques membres ont suggéré que la faculté de demander à la cour l'interprétation d'une disposition de droit international pénal devrait être accordée non seulement aux Etats mais aussi à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité des Nations Unies ainsi qu'à certaines organisations intergouvernementales déterminées.

134. Un membre, en particulier, observant que la compétence d'interprétation prévue par le paragraphe ne semblait porter que sur des règles abstraites, a suggéré de conférer également à la cour une compétence d'interprétation consultative sur des cas concrets. La cour deviendrait ainsi un instrument de pression internationale qui aiderait à guider et à former l'opinion publique internationale.

135. Se référant aux réactions suscitées par son projet de disposition éventuelle sur la compétence d'une cour pénale internationale, le Rapporteur spécial a d'abord souligné qu'ayant assisté aux débats de la Sixième Commission l'année précédente il savait fort bien que plusieurs Etats étaient encore vivement opposés à la création d'une telle cour. C'était donc pour tenir compte de cette réalité qu'il avait préparé ce projet d'article éventuel qui était destiné simplement à nourrir la réflexion de la Commission, en se gardant de mettre en avant son opinion personnelle et de tenter d'imposer ses vues.

136. Pour ce qui était de la nature ou étendue de la compétence de la cour, le Rapporteur spécial, tenant compte du débat qui avait eu lieu sur la question, s'est déclaré partisan de la solution mixte qui donnerait à la cour compétence exclusive pour certains crimes, tels que le génocide, etc., et compétence concurrente avec les juridictions nationales pour les autres crimes visés dans le Code. La Commission devrait étudier soigneusement quels seraient les crimes au sujet desquels la cour aurait compétence exclusive. En revanche, le Rapporteur spécial avait de très fortes réserves à l'égard d'une compétence de réexamen ou d'appel et s'est déclaré fermement opposé à toute forme de hiérarchie subordonnant les juridictions nationales à la cour. A son avis, les seuls cas dans lesquels la cour internationale pourrait se voir attribuer une compétence de cette nature seraient ceux où un acte relevant du code serait défini comme un crime ordinaire au lieu d'être défini comme un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, et peut-être celui où l'Etat victime, ou l'Etat dont la victime était un ressortissant, aurait des raisons de penser que la sanction était manifestement trop faible vu la cruauté de l'infraction. On pouvait raisonnablement imaginer que de tels cas se produiraient lorsqu'un Etat jugerait son propre ressortissant pour un crime commis par celui-ci à l'étranger, mais ces cas étaient rares et pourraient être complètement évités si un système de coopération était établi entre les Etats intéressés, permettant à ceux-ci d'avoir accès au dossier et d'avoir une connaissance exacte et précise des faits de la cause.

137. S'agissant de la question relative à l'attribution de compétence, le Rapporteur spécial ne partageait pas l'opinion exprimée par certains membres selon lesquels l'attribution de compétence à la cour n'était pas nécessaire pour tous les crimes dont la définition relevait du droit international. A son avis, ce raisonnement reposait sur une confusion.

La définition du crime était une chose, la compétence juridictionnelle en était une autre. Ce n'était pas parce qu'un crime était défini comme un crime de droit international que les Etats étaient automatiquement dessaisis du droit de connaître de ces crimes. Un Etat pouvait très bien reconnaître qu'un crime était un crime de droit international, l'incorporer dans son droit interne, et poursuivre ses auteurs devant ses tribunaux internes, conformément à ses règles de procédure. De l'avis du Rapporteur spécial, lorsqu'un crime contre la paix ou la sécurité de l'humanité était commis, il y avait toujours des Etats directement intéressés - l'Etat sur le territoire duquel le crime avait été commis, l'Etat contre lequel le crime était dirige ou dont les nationaux avaient été les victimes, ou encore l'Etat dont l'auteur du crime avait la nationalité. Il estimait que l'on irait trop loin en affirmant que ces Etats n'avaient pas à connaître du crime en question parce que ce crime était un crime de droit international.

138. C'était pour cette raison qu'au paragraphe 1 de son projet d'article éventuel, il avait posé le principe de la compétence prioritaire de l'Etat sur le territoire duquel le crime avait été commis. Il remarquait à ce sujet que le principe de la compétence universelle, que la doctrine privilégiait parfois mais qui ne s'était véritablement pas imposée dans la pratique, soulevait tout un ensemble d'obstacles d'ordre matériel - par exemple pour la collecte des moyens de preuve - qui faisaient qu'il ne pouvait être érigé en règle ou principe fondamental. Le Rapporteur spécial remarquait d'ailleurs que la plupart des conventions internationales pertinentes - qu'elles traitent de la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, de la répression de la capture illicite d'aéronefs et du terrorisme, etc. - mettaient l'Etat sur le territoire duquel le crime avait été commis en Lête de la liste des Etats compétents pour connaître du crime considéré.

139. Si le Rapporteur spécial, dans son projet d'article éventuel, n'avait pas cité l'Etat où se trouvait l'auteur présumé du crime parmi les Etats dont l'attribution de compétence était requise, c'était parce que cet Etat était, aux termes de l'article 4 adopté à titre provisoire par la Commission, tenu de le juger ou de l'extrader.

140. Le Rapporteur spécial a estimé qu'a l'instar de certains projets de statut d'une cour préparés par certaines sociétés savantes et institutions et par certains auteurs, il serait utile de prévoir un certain ordre de priorité parmi les Etats dont l'attribution de compétence était requise.

Cela permettrait de faire progresser la science du droit international pénal. Mais, l'Etat territorial devrait être l'Etat dont l'attribution de compétence était absolument nécessaire pour que la cour puisse connaître d'une affaire pénale.

c) L'exercice de l'action pénale (saisine de la cour)

141. Dans son neuvième rapport ainsi que lors de la présentation de la deuxième partie de celui-ci, le Rapporteur spécial a signalé que, tenant compte des considérations reflétées au paragraphe 68 ci-dessus, il avait aussi développé de façon particulière dans son rapport la question relative à l'exercice de l'action pénale pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Selon la disposition présentée, cette action devrait être exercée par les Etats. Mais lorsqu'il s'agissait des crimes d'agression ou de menace d'agression, i'action pénale devrait être subordonnée à la constatation préalable de ces crimes par le Conseil de sécurité.

142. Pour ce qui était de la possibilité que le Conseil de sécurité, gardien de la paix et de la sécurité internationales, fût compétent pour engager lui-même et directement l'action pénale internationale, le Rapporteur spécial pensait qu'une telle interprétation du rôle de cet organe dépasserait les compétences qui lui étaient dévolues par la Charte. Son rôle consistait plutôt soit à prendre des mesures préventives pour empêcher une rupture de la paix, soit à prendre des mesures tendant au rétablissement de la paix. Ces mesures étaient des mesures politiques qui n'avaient aucun caractère judiciaire. On ne voyait donc pas quel serait le fondement d'une compétence exclusive du Conseil de sécurité en matière de poursuite pénale dirigée contre les crimes en cause.

143. En revanche, une réponse différente pourrait être donnée à la question de savoir si, dans certains cas, l'action pénale ne devrait pas être subordonnée à un accord préalable du Conseil de sécurité. Parmi les crimes prévus dans le projet de code il en était qui portaient atteinte d'une manière significative à la paix internationale. Il s'agissait notamment de l'agression et de la menace d'agression. Or, en vertu de l'Article 39 de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité avait le pouvoir de constater "l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression". L'action pénale, dans ces hypothèses, pourrait être subordonnée à la constatation de l'agression ou de la menace d'agression par

le Conseil de sécurité. Par conséquent, si un Etat essayait de saisir directement la cour sans l'accord préalable du Conseil de sécurité, celle-ci devrait renvoyer la plainte pour examen et accord préalables du Conseil.

144. Pour ce qui était des autres infractions - crimes de guerre, crimes contre l'humanité et notamment le génocide ou le trafic international illicite des stupéfiants - le Rapporteur spécial était d'avis que l'accord d'un organe de l'Organisation des Nations Unies n'était pas nécessaire.

145. Tenant compte de ces considérations, le Rapporteur spécial avait insisté sur le fait qu'il avait préparé un projet de disposition éventuel destiné simplement à susciter un débat sur la question, débat qui permettrait de le guider plus tard. Ce projet de disposition n'était donc pas destiné à être renvoyé au Comité de rédaction 301/, mais constituait un simple sondage, à seule fin de mieux cerner les diverses positions des membres de la Commission.

i) Les titulaires du droit d'entamer des poursuites

146. Certains membres ont fait porter leurs observations sur la question du titulaire de l'action pénale et sur la solution prévue au paragraphe 1 du projet de disposition éventuel.

147. De l'avis de certains membres, il faudrait établir une différence entre le fait d'engager une action et celui de porter une affaire à l'attention d'une cour internationale. A l'instar des systèmes juridiques nationaux qui disposaient d'organes spécifiques, compétents pour engager une action pénale contre un individu, il devrait exister un système international attribuant à des organes distincts compétence pour engager des poursuites contre les crimes internationaux. Le rôle des Etats devrait, de l'avis de ces membres, se limiter à appeler l'attention de la cour sur les crimes et leurs auteurs

---

301/ Ce projet de disposition éventuel se lisait comme suit :

L'action pénale

"1. L'action pénale, pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, est exercée par les Etats.

2. Toutefois, lorsqu'il s'agit des crimes d'agression ou de menace d'agression, l'action pénale est subordonnée à la constatation préalable de ces crimes par le Conseil de sécurité."

présumés ainsi que sur la possibilité d'engager une action, mais l'Etat lui-même ne saurait l'engager. L'accusation devrait être confiée à un ministère public attaché à la cour, et cela, entre autres choses, parce que la préparation de l'acte d'accusation devrait être entourée de garanties d'impartialité et d'objectivité et il serait risqué de confier cette tâche aux Etats qui pourraient être tentés d'abuser de leur pouvoir à des fins politiques. A ce sujet, un membre a signalé qu'un Etat pourrait présenter par écrit une requête introductive d'instance à l'autorité qui serait définie dans le statut de la cour et qui devrait être un organe impartial et indépendant chargé de mener l'instruction et de décider s'il y avait lieu de poursuivre.

148. De l'avis d'un membre, le futur projet d'article devrait indiquer clairement que la faculté d'attirer l'attention de l'organe compétent était du ressort de tous les Etats parties au code.

149. Certains autres membres pensaient que ce droit devrait aussi âtre reconnu à des entités autres que les Etats, telles que les organisations non gouvernementales, les organisations gouvernementales, voire les particuliers. On a fait valoir à ce sujet que dans le cas d'un crime contre l'environnement par exemple, une organisation non gouvernementale pourrait suggérer une action pénale bien plus facilement que les Etats, qui étaient soucieux de ménager leurs relations internationales. Il en allait de même pour les crimes de guerre et les violations graves des droits de l'homme, au sujet desquels des organisations humanitaires non gouvernementales seraient mieux à même d'agir.

150. Un membre, en particulier, a mis l'accent sur le fait que les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne pouvaient être commis par des individus seuls, en dehors de l'aide ou de l'accord d'un Etat : il faudrait permettre non seulement aux Etats mais aussi à l'Assemblée générale, au Conseil de sécurité (sans que soit exercé le droit de veto) et aux mouvements de libération nationale reconnus par l'Organisation des Nations Unies la faculté de saisir les organes compétents en vue de l'engagement de l'action pénale.

151. Un autre membre rappela que l'action pénale comportait deux volets : l'action publique et l'action civile. De l'avis de ce membre, cette dernière était absolument indispensable pour obtenir la condamnation du coupable au paiement de dommages et intérêts ou à la restitution des biens volés, en vertu du principe judiciaire hérité du droit romain qui veut qu'un tribunal ne puisse statuer extra petita ou non petita, à moins qu'il ne se prononce

au titre de sanctions patrimoniales, dont le bénéficiaire ne peut alors en Principe être une personne privée. Il semblait donc nécessaire de prévoir une disposition spéciale relative à l'action civile.

152. Se référant aux observations faites au cours du débat par divers membres de la Commission au sujet du droit d'entamer des poursuites et de ses titulaires, le Rapporteur spécial a fait remarquer encore que le projet de disposition qu'il avait proposé n'était qu'une simple hypothèse de travail. A propos de l'expression "action pénale", qui pouvait s'entendre aussi bien du droit de porter plainte que du droit de poursuivre des autorités compétentes des Etats, le Rapporteur spécial tenait à préciser qu'il l'entendait uniquement au sens du droit d'agir comme partie devant la cour pénale internationale, de porter plainte devant elle. Il la distinguait donc de l'action publique. Par ailleurs, le Rapporteur spécial pensait, comme d'autres membres de la Commission, que le droit d'agir devant la cour pénale internationale devait appartenir non seulement aux Etats (à l'exclusion des individus), mais aussi aux organisations internationales intéressées.

ii) Les rôles respectifs d'une cour pénale internationale et du Conseil de sécurité en cas de crime d'agression ou de menace d'agression

153. Un grand nombre de membres de la Commission se sont référés à la question du rapport possible entre le Conseil de sécurité des Nations Unies et une cour pénale internationale pour ce qui était des crimes d'agression et de menace d'agression, question qui était traitée au paragraphe 2 du projet de disposition éventuel.

154. Plusieurs de ces membres ont jugé critiquable l'idée de subordonner l'exercice de l'action pénale à la constatation préalable de l'acte d'agression ou de menace d'agression par le Conseil de sécurité. De l'avis de ces membres, accorder au Conseil de sécurité la faculté de bloquer une action pénale risquait de créer entre les accusés du crime d'agression une inégalité fondamentale, contraire au principe de l'égalité de tous devant la loi pénale. Ces membres pouvaient accepter que la cour soit liée par une décision du Conseil de sécurité constatant un acte d'agression ou une menace d'agression. Mais l'inverse n'était pas certain. On pouvait très bien imaginer que le Conseil de sécurité ne qualifie pas d'agression une action déterminée alors que les éléments constitutifs du crime d'agression seraient réunis. Ce cas risquait même de se produire souvent, ne serait-ce qu'en raison du droit de veto. Or il serait choquant que, parce qu'un Etat

bénéficiait du droit de veto, ses dirigeants, ou ceux d'un Etat qu'il protégeait, soient traités différemment de ceux d'un autre Etat plus petit ou plus isolé. La règle consistant à appliquer "deux poids deux mesures" était sans aucun doute critiquable dans tous les cas, mais elle était compréhensible sur le plan politique; elle ne l'était plus dans une perspective juridique, et moins encore dans une perspective judiciaire. Ces membres ont mis l'accent sur le fait que les deux organes devraient agir sur des plans tout à fait différents : le Conseil de sécurité était un organe auquel la Charte conférait des attributions et des compétences politiques qui lui étaient propres et sur lesquelles aucun organe ne pouvait empiéter; la cour, elle, serait un organe judiciaire auquel seraient confiées des attributions juridictionnelles.

155. Soutenant la même thèse, un membre, en particulier, a résumé les rapports possibles entre le Conseil de sécurité et la cour de la facon suivante. Il était incontestable que si le Conseil de sécurité décidait que tel ou tel acte perpétré par un Etat constituait une agression ou une menace d'agression, la cour pénale internationale ne pourrait qualifier différemment cet acte, sauf à ouvrir une brèche dans le système des Nations Unies. En revanche, si le Conseil de sécurité ne se prononçait pas sur le comportement d'un Etat la cour pénale internationale aurait toute latitude pour qualifier ce comportement d'agression ou de menace d'agression, s'il le fallait. Si enfin, pour une raison ou pour une autre, le Conseil de sécurité devait se prononcer sur ce comportement après que la cour pénale internationale l'aurait qualifié - cas fort improbable, puisqu'il faudrait pour cela que l'intervention du Conseil de sécurité ait perdu son caractère d'urgence -, il ne se sentirait pas lié par la décision de la cour. L'essentiel. était en tout cas que l'action de la cour pénale internationale et l'action du Conseil de sécurité se situent à deux niveaux différents : il s'agit dans le premier cas de réprimer un acte criminel, et dans le second de prendre des mesures destinées à résoudre certains problèmes et à dissiper les menaces contre la paix et la sécurité internationales.

156. A l'appui de leur thèse, ces mêmes membres ont invoqué le principe appliqué par la Cour internationale de Justice dans son arrêt de 1986 sur l'affaire entre le Nicaragua et les Etats-Unis. La Cour n'avait nullement refusé d'examiner la question de savoir si l'un des Etats parties au différend s'était rendu coupable d'une agression qui n'avait pas été constatée par le Conseil de sécurité.

157. Certains membres ont souligné qu'une stricte séparation entre les fonctions judiciaires d'une cour pénale internationale et les fonctions politiques du Conseil de securité était d'autant plus importante que le système était prive de tout mécanisme de contre-pouvoir et de tout moyen permettant de répondre à la question de savoir si l'action d'un organe politique s'exerçait ultra vires. Or un droit international coupe de la justice internationale ne saurait être l'expression d'un idéal. Au contraire, une fonction judiciaire indépendante améliorerait l'efficacité du système institué par la Charte et le compléterait de telle façon qu'il ne puisse pas être considéré comme consacrant une dichotomie entre le droit et la justice. Un membre, en particulier, a souligné qu'il ne faudrait pas tirer du rôle du Conseil de sécurité lors de la récente crise du golfe Persique plus de conséquences qu'il n'était strictement nécessaire. Ce serait pure spéculation que de se demander si, dans 1 'avenir, certaines circonstances forgeraient de nouveau cette rare unanimité dont le Conseil de sécurité avait fait montre à cette occasion, ou s'il s'agissait là d'un exemple isolé dicté par des circonstances particulières. Il serait possible de citer un certain nombre d'autres cas, récents et moins récents, où le Conseil de sécurité s'était révélé incapable de constater l'existence d'une agression ou d'une menace d'agression et à propos desquels l'on pourrait à juste titre faire valoir que pareille menace d'agression ou pareil acte d'agression s'étaient produits et s'étaient poursuivis à cause d'un droit de veto exercé pour des motifs politiques, indépendamment du bien-fondé des positions en présence.

158. Selon un autre membre, on avait affirmé, à juste titre, qu'il fallait établir une distinction entre la constatation, par un organe politique, de l'existence d'un acte ou d'une menace d'agression, et une telle constatation de la part d'une cour pénale internationale. Lorsque le Conseil de sécurité ne se prononçait pas, la cour pénale internationale pourrait constater de son propre chef l'existence d'une agression. Mais, dans le cas d'une menace d'agression – en d'autres termes, lorsqu'il n'y avait pas eu effectivement agression –, il serait inopportun que la cour donne un avis juridique sur une question qui revêtait un caractère éminemment politique.

159. Certains autres membres étaient d'avis qu'en vertu de la Charte des Nations Unies, c'était au Conseil de sécurité qu'il appartenait toujours de déterminer si un acte d'agression ou une menace d'agression avaient été commis. Un individu ne pouvait être jugé pour agression qu'une fois établi

par le Conseil de sécurité qu'un Etat avait commis une agression. Tandis que la cour était tenue de respecter la décision par laquelle le Conseil de sécurité constatait s'il y avait effectivement eu ou non acte d'agression, il fallait laisser à la cour le soin de statuer sur la responsabilité individuelle dans la participation au crime, indépendamment de toute décision éventuelle du Conseil de sécurité sur ce point.

160. Un membre, en particulier, a soutenu que les crimes d'agression et de menace d'agression étaient des crimes sui generis en ce sens que, par définition, ils n'existaient que si le Conseil de sécurité qualifiait certains actes comme tels. Dans ces conditions, il voyait mal comment une cour pénale internationale pourrait reconnaître un individu coupable d'avoir commis un crime d'agression, ou de menace d'agression, si le Conseil de sécurité ne se prononçait pas, ou s'il constatait qu'il n'y avait eu ni agression ni menace d'agression. Ce membre ne partageait pas tout à fait les observations faites à propos de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire entre le Nicaragua et les Etats-Unis d'Amérique, dans la mesure où la Cour – à tort ou à raison, selon l'appréciation que l'on pouvait porter sur la recevabilité de la requête – y traitait de la légitime défense, notion qui différait de celle d'agression. Non seulement il serait étrange qu'il y ait deux qualifications différentes, émanant l'une du Conseil de sécurité et l'autre de la cour, mais il serait dommageable pour l'ordre juridique international qu'une cour pénale internationale juge par exemple un haut fonctionnaire coupable de crime d'agression alors que le Conseil de sécurité aurait conclu à l'absence d'agression de la part de l'Etat que sert ce haut fonctionnaire. Cela ne signifiait pas pour autant que la cour pénale internationale ne pourrait pas connaître d'affaires mettant en cause un conflit armé : elle devrait en connaître si elle était appelée à juger des crimes de guerre.

161. Un autre membre a souligné qu'une constatation d'agression par le Conseil de sécurité n'était pas simplement un acte politique mais avait sa source dans le droit international. De l'avis de ce membre, nier le caractère juridique d'une constatation d'agression par le Conseil de sécurité, au motif que le Conseil était un organe politique, conduirait aussi à nier le caractère juridique de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale qui établissent des principes et des règles de droit international. Qui plus est, il ne faudrait pas oublier que ces actes comme le génocide, l'apartheid ou

l'agression n'étaient pas seulement des crimes, mais aussi des actes Politiques. Ce même membre pensait que l'attribution de la fonction consistant à constater un acte d'agression à une cour criminelle, même s'il s'agissait d'une cour internationale, entraînerait la destruction du système actuel de maintien de l'ordre inkernakional. Pour les Etats Membres de l'organisation des Nations Unies, la Charte représentait la source suprême de droit international contemporain, et toute décision prise en la matière par une cour criminelle serait inopérante si elle allait à l'encontre d'une décision du Conseil de sécurité. En même temps, ce membre comprenait le souci des membres de la Commission qui ne voulaient pas que des actes d'agression demeurent impunis si le Conseil de sécurité, pour des raisons politiques, ne parvenait pas à une décision. Il s'agissait d'un problème difficile, mais, dans la recherche d'une solution, il valait mieux s'adapter aux réalités nouvelles des relations internationales qu'ignorer ou détruire l'ordre juridique en vigueur.

162. De l'avis d'un autre membre, plusieurs des arguments invoqués par les membres qui s'opposaient à la nécessité d'une constatation préalable de l'agression ou menace d'agression par le Conseil de sécurité étaient le reflet de khéories comme celles de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs. Mais en fait aucun de ces éléments n'occupait une place particulièrement importante dans le système des Nations Unies et il n'était pas entièrement clair si ces arguments plaidaient pour ou contre la faculté pour la cour de se prononcer différemment du Conseil de sécurité.

163. Se référant à des observations diverses faites par des membres au cours du débat au sujet de la question clé du rôle du Conseil de sécurité en cas de crime d'agression ou de menace d'agression, le Rapporteur spécial a signalé qu'il comprenait fort bien les vives réactions qu'elle avait suscitées. Cela dit, l'intervention d'un organe politique n'était pas une hypothèse à écarter et on la trouvait prévue dans nombre de projets présentés dans le passé. En particulier, M. V.V. Pella avait présenté avant la seconde guerre mondiale un projet de statut pour la création d'une chambre criminelle au sein de la Cour permanente de Justice internationale, qui avait été accepté par l'Association internationale de droit pénal, et qui prévoyait que l'action pénale internationale serait exercée par le "Conseil de la Société des Nations" – expression qu'il changea ultérieurement en "Conseil de sécurité".

Certes, l'action passée du Conseil de sécurité autorisait certains préjugés à son encontre, mais, comme on l'avait fait observer au cours du débat, le Conseil avait évolué, et la paralysie qui l'avait longtemps frappé n'était pas due à un vice interne mais à la guerre froide qui régnait alors.

164. Le Rapporteur spécial a ajouté que la question du rôle du Conseil de sécurité avait déjà été examinée par la Commission il y avait quelques années, et plusieurs hypothèses avaient été envisagées à cette occasion. Il y avait celle où le Conseil constaterait sans équivoque qu'il y avait, par exemple, crime d'agression, auquel cas il serait difficile à une cour pénale internationale de dire le contraire - non pas parce qu'elle serait subordonnée au Conseil de sécurité, mais tout simplement pour éviter les conflits entre l'Etat qui avait porté plainte et l'Etat contre qui la plainte était dirigée, Il y avait l'hypothèse de l'exercice du droit de veto - mais le Rapporteur spécial avait fait observer que le veto n'était pas une décision : c'était une non-décision, une sorte de refus de se saisir d'un problème. Dans ce sens, il n'empêcherait pas d'introduire une plainte devant la cour pénale internationale et ne serait pas un obstacle à sa compétence. Il ne saurait donc couvrir une grande puissance disposant du droit de veto. Enfin, il y avait l'hypothèse où le Conseil de sécurité n'agissait pas, parce qu'il était somme toute un organe de négociation. Son silence, dans ce cas, n'empêcherait pas non plus la cour pénale internationale de juger.

165. De l'avis du Rapporteur spécial, il s'ensuivait donc que le rôle du Conseil de sécurité dans le cadre de l'action pénale ne pouvait poser de problèmes que dans la première des hypothèses. Mais le Rapporteur spécial était convaincu que la Commission serait en mesure de trouver à ces problèmes une solution sage et réfléchie, qui tienne compte du nouveau climat politique.

2. Décisions prises par la Commission au sujet des projets d'articles

166. De sa 2236ème à sa 2241ème séance, la Commission, après avoir examiné le rapport du président du Comité de rédaction, a adopté à titre provisoire les articles 11 (Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique), 14 (Faits justificatifs et circonstances atténuantes), 19 (Génocide), 20 (Apartheid), 21 (Violations systématiques ou massives des droits de l'homme), 22 (Crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité), 26 (Dommages délibérds et graves à 1 'environnement). La Commission a également adopté à titre provisoire un nouvel article 3 (Responsabilité et sanction) et divisé

la majeure partie du texte de l'ancien article 3 en deux nouveaux articles : 4 (Mobiles) et 5 (Responsabilité des Etats).

167. La Commission a en outre changé la numérotation de plusieurs articles qui avaient été adoptés à titre provisoire au cours de ses sessions précédentes, à savoir : l'ancien article 4 (Obligation de juger ou d'extrader) est devenu l'article 6; l'ancien article 5 (Imprescriptibilité) est devenu l'article 7; l'ancien article 6 (Garanties judiciaires) est devenu l'article 8; l'ancien article 7 (Non bis in idem) est devenu l'article 9; l'ancien article 8 (Non-rétroactivité) est devenu l'article 10; l'ancien article 10 (Responsabilité du supérieur hiérarchique) est devenu l'article 12; l'ancien article 11 (Qualité officielle et responsabilité pénale) est devenu l'article 13 (Qualité officielle et responsabilité); l'ancien article 12 (Agression) est devenu l'article 15; l'ancien article 13 (Menace d'agression) est devenu l'article 16; l'ancien article 14 (Intervention) est devenu l'article 17; l'ancien article 15 (Domination coloniale et autres formes de domination étrangère) est devenu l'article 18; l'ancien article 16 (Terrorisme international) est devenu l'article 24; l'ancien article 18 (Recrutement, utilisation, financement et instruction de mercenaires) est devenu l'article 23; l'ancien article X (Trafic illicite de stupéfiants) est devenu l'article 25.

168. En outre et pour ce qui est des projets d'articles concernant des crimes, qui avaient déjà été adoptés lors de ses précédentes sessions, la Commission a soit ajouté un paragraphe d'introduction, soit remanié légèrement l'article afin de viser la question relative à l'attribution du crime aux individus, et à la sanction. C'est le cas des projets d'articles suivants, dans leur nouvelle numérotation : 15 (Agression); 16 (Menace d'agression); 17 (Intervention); 18 (Domination coloniale et autres formes de domination étrangère); 23 (Recrutement, utilisation, financement et instruction de mercenaires); 24 (Terrorisme international) et 25 (Trafic illicite de stupéfiants). Il a été entendu que les commentaires à ces articles subiraient les changements de caractère purement éditorial qui découlent soit de l'addition d'un paragraphe soit du léger remaniement du projet d'artirle.

169. De plus, la Commission a introduit les changements suivants dans le texte de projets d'articles adoptés à titre provisoire lors de ses précédentes

sessions : dans la note en bas de page au titre de l'article 6 (Obligation de juger ou d'extrader) (ancien article 4), les mots "juridiction pénale internationale" ont été remplacés par les mots "tribunal pénal international"; le même changement a été introduit dans la note en bas de page au premier paragraphe de l'article 9 (Non bis in idem) (ancien article 7) et le mot "juridiction" y a été remplacé par le mot "tribunal"; au chapeau du paragraphe 4 de l'article 15 (Agression) (ancien article 12), le mot "notamment" figurant entre crochets a été enlevé.

170. Pour ce qui est de la structure du code, la Commission a décidé de le diviser en deux parties. La première partie se compose de deux chapitres, le premier portant comme titre "Définition et qualification" (articles 1-2) et le deuxième "Principes généraux" (articles 3-14). La deuxième partie s'intitule "Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité" (articles 15-26). Il a été entendu au sein de la Commission que l'ordre adopté dans le projet pour la présentation des articles portant sur les crimes ne visait en aucune manière à indiquer un ordre quelconque de gravité des crimes qui y sont visés.

171. La Commission a décidé de reporter à la deuxième lecture du projet d'articles la question relative aux peines applicables, pour l'examiner à la lumière du débat sur cette question qui a eu lieu à la présente session (voir supra, paragraphes 70 à 105) et tenant compte de commentaires et observations formulés à ce sujet par les gouvernements.

172. La Commission a également décidé que ce serait à la deuxième lecture du projet d'articles et à la lumière des commentaires et observations des gouvernements qu'elle se pencherait sur la question visée au paragraphe 3 du projet d'article 3 consistant à savoir si tous les crimes prévus par le projet de code ou seulement un certain nombre d'entre eux sont susceptibles de tentative et, dans ce dernier cas, quels seraient ce8 crimes.

173. La Commission a adopté en première lecture le projet d'articles dans son ensemble à sa 2241ème séance, le 12 juillet 1991. Ce faisant, la Commission est cependant consciente que le projet de code est encore susceptible de certaines améliorations, lesquelles pourront se faire au cours d'une deuxième lecture, bé éficiant des éléments additionnels résultant des commentaires et observations des gouvernements. Le projet d'articles est reproduit ci-après, dans la section D.l du présent chapitre.

174. A cette même 2241ème séance, la Connnission a décidé que, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, les projets d'articles reproduits dans la section D.l du présent chapitre seraient transmis par L'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements, afin que ceux-ci formulent leurs commentaires et observations à ce sujet, avec prière de faire tenir ces commentaires et observations au Secrétaire général avant le ler janvier 1993.

175. Le projet d'articles que la Commission a complété en première lecture au cours de la présente session constitue la première partie des travaux de la Commission sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Bien entendu, la Commission continuera à s'occuper, au cours de ses prochaines sessions, du mandat que l'Assemblée générale lui a conféré au paragraphe 3 de sa résolution 45/41 du 28 novembre 1990 et qui invite la Commission, dans le cadre de ses travaux sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans son rapport concernant la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer un tribunal pénal international ou un autre mécanisme juridiclionnel pénal de caractère international. La Commission a déjà commencé à s'acquitter de ce mandat et les travaux qu'elle a accomplis à ce sujet au cours de sa présente session sont reflétés aux paragraphes 106 à 165 ci-dessus.

C. Hommage au Rapporteur spécial, M. Doudou Thiam

176. A sa 2241ème séance, le 12 juillet 1991, la Connnission, après avoir adopté à titre provisoire le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, a adopté par acclamation la résolution suivante :

"La Commission du droit international,

Avant adopté à titre provisoire le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité,

Tient à exprimer au Rapporteur spécial, M. Doudou Thiam, sa profonde appréciation pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée à l'élaboration du sujet par son dévouement inlassable et sa compétence professionnelle, qui ont permis à la Commission de mener à bien son examen en première lecture du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de L'humanité."

D. Projet d'articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

1. Texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SECURITE DE L'HUMANITE

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. DEFINITION ET QUALIFICATION

Article premier 302/

Définition

Les crimes [de droit international] définis dans le présent Code constituent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Article 2 303/

Qualification

La qualification d'une action ou d'une omission comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est indépendante du droit interne. Le fait qu'une action ou une omission est, ou non, punissable par le droit interne est sans effet sur cette qualification.

CHAPITRE 2. PRINCIPES GENERAUX

Article 3 304/

Responsabilité et sanction

1. Tout individu qui commet un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est responsable de ce chef et passible de châtiment.

2. Tout individu qui fournit une aide, une assistance ou des moyens en vue de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui participe à une entente en vue de commettre un tel crime ou qui incite directement à le commettre est responsable de ce chef et passible de châtiment.

302/ Pour le commentaire, voir Annuaire ... 1987, vol. II (deuxième partie), p. 13.

303/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 14.

304/ Pour le commentaire, voir infra, section D.2.

3. Tout individu qui commet un acte constituant une tentative de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité [visé aux articles . . .] est responsable de ce chef et passible de châtiment. Par tentative, on entend tout commencement d'exécution d'un crime qui a manqué son effet ou qui n'a été suspendu qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

Article 4 305/

Mobiles

La responsabilité pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'est pas affectée par les mobiles étrangers à la définition de l'infraction qui pourraient être allégués par l'accusé.

Article 5 306/

Responsabilité des Etats

Les poursuites engagées contre un individu pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'excluent pas la responsabilité en droit international d'un Etat pour une action ou une omission qui lui est attribuable.

Article 6 */ 307/

Obligation de juger ou d'extrader

1. Tout Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est tenu soit de le juger soit de l'extrader.

2. Si l'extradition est demandée par plusieurs Etats, une considération particulière sera accordée à la demande de l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne préjugent pas la création et la compétence d'un tribunal criminel international.

---

*/ Cet article sera revu si un tribunal criminel international est créé.

305/ Pour le commentaire, voir ibid.

306/ Pour le commentaire, voir ibid.

307/ Pour le commentaire, voir Annuaire . . . 1988, vol. 11 (deuxième partie), p. 72.

Article 7 308/

Imprescriptibilité

Le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est imprescriptible.

Article 8 309/

Garanties judiciaires

Tout individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a droit sans discrimination aux garanties minimales reconnues à toute personne humaine tant en ce qui concerne le droit qu'en ce qui concerne les faits. En particulier, il est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie et il a droit à :

a) ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, régulièrement établi par la loi ou par un traité et qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre lui;

b) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre lui;

c) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et communiquer avec le conseil de son choix;

d) être jugé sans retard excessif;

e) être présent au procès et se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; s'il n'a pas de défenseur, être informé de son droit d'en avoir un, et se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, s'il n'a pas les moyens de le rémunérer;

f) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

g) se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience;

h) ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable.

308/ Pour le commentaire, voir Annuaire . . . 1987, vol. II (deuxième partie), p. 15.

309/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 16.

Article 9 310/

Non bis in idem

1. Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'un crime prévu par le présent Code pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par un jugement définitif d'un tribunal criminel international */.

2. Sous réserve des paragraphes 3, 4 et 5, nul ne peut être poursuivi ou puni pour un crime prévu par le présent Code en raison d'un fait pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par un jugement définitif d'un tribunal national, à condition que, en cas de condamnation, la peine ait été subie ou soit en cours d'exécution.

3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, un individu peut être poursuivi et puni par un tribunal criminel international ou par un tribunal national pour un crime prévu par le présent Code lorsque le fait qui a été poursuivi et jugé en tant que crime de droit commun relève d'une des qualifications prévues par le présent Code */.

4. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, un individu peut être poursuivi et puni par un tribunal national d'un autre Etat pour un crime prévu par le présent Code :

a) lorsque le fait visé par 10 jugement d'un tribunal étranger a eu lieu sur le territoire de cet Etat; ou

b) lorsque cet Etat en a été la principale victime.

5. En cas de nouvelle condamnation en vertu du présent Code, le tribunal déduira, lors du prononcé de la sentence, toute peine déjà imposée et subie à la suite d'une condamnation antérieure pour le même fait.

Article 10 311/

Non-rétroactivité

1. Nul ne peut être condamné, en vertu du présent Code, pour des actes commis avant son entrée en vigueur.

---

*/ La référence à un tribunal criminel international ne préjuge pas la question de la création d'un tel tribunal.

310/ Pour le commentaire, voir Annuaire ... 1988, vol. II (deuxième partie), p. 73.

311/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 74.

2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement et à la condamnation de tout individu en raison d'actes qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels en vertu du droit international ou du droit national applicable en conformité avec le droit international,

Article 312/

Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique

Le fait qu'un individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité pénale s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre compte tenu des circonstances.

Article 12 313/

Responsabili ´ u supérieur hiérarchique

Le fait qu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale, s'ils savaient, ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait cbmnettre un tel crime et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures en leur pouvoir, pratiquement possibles, pour empêcher ou réprimer ce crime.

Article 13 314/

Quali ´ icielle et responsabilité

La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, et notamment le fait qu'il a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale.

312/ Pour le commentaire, voir infra, section D.2.

313/ Pour le commentaire, voir Annuaire ... 1988, vol. II (deuxième partie), p. 75.

314/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 76.

Article 14 315/

Faits justificatifs et circonstances atténuantes

1. Le tribunal compétent appréciera l'existence de faits justificatifs conformément aux principes généraux de droit, compte tenu du caractère de chaque crime.

2. En prononçant la sentence, le tribunal tiendra compte, le cas échéant, de circonstances atténuantes.

DEUXIEME PARTIE

CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SECURITE DE L'HUMANITE

Article 15

Agression 316/

1. Tout individu qui, en qualité de dirigeant ou d'organisateur planifie, commet ou ordonne que soit commis un acte d'agression, sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . . .].

2. L'agression est l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies.

3. L'emploi de la force armée en violation de la Charte par un Etat agissant le premier constitue la preuve suffisante à première vue d'un acte d'agression, bien que le Conseil de sécurité puisse conclure, conformément à la Charte, qu'établir qu'un acte d'agression a été commis ne serait pas justifié compte tenu des autres circonstances pertinentes, y compris le fait que les actes en cause ou leurs conséquences ne sont pas d'une gravité suffisante.

4. Constituent un acte d'agression, qu'il y ait eu ou non déclaration de guerre, et compte dûment tenu des paragraphes 2 et 3 :

a) l'invasion ou l'attaque du territoire d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat ou toute autre occupation militaire, même temporaire, résultant d'une telle invasion ou d'une telle attaque, ou toute annexion par l'emploi de la force du territoire ou d'une partie du territoire d'un autre Etat;

315/ Pour le commentaire, voir infra, section D.2.

316/ Pour le commentaire, voir Annuaire ... 1988, vol. II (deuxième partie), p. 77.

b) le bombardement, par les forces armées d'un Etat, du territoire d'un autre Etat, ou l'emploi de toutes armes par un Etat contre le territoire d'un autre Etat;

c) le blocus des ports ou des côtes d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat;

d) l'attaque par les forces armées d'un Etat contre les forces armées terrestres, navales ou aériennes, ou la marine et l'aviation civiles d'un autre Etat;

e) l'utilisation des forces armées d'un Etat qui sont stationnées sur le territoire d'un autre Etat avec l'accord de l'Etat d'accueil, contrairement aux conditions prévues dans l'accord, ou toute prolongation de leur présence sur le territoire en question au-delà de l'extinction de 1 'accord;

f) le fait pour un Etat d'admettre que son territoire, qu'il a mis à La disposition d'un autre Etat, soit utilisé par ce dernier pour perpétrer un acte d'agression contre un Etat tiers;

g) l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action;

h) tous autres actes considérés par le Conseil de sécurité comme constituant un acte d'agression conformément aux dispositions de la Charte.

[5. Toute constatation du Conseil de sécurité portant sur l'existence d'un acte d'agression lie les tribunaux nationaux.]

6. Rien dans le présent article ne sera interprété comme élargissant ou diminuant d'une manière quelconque la portée de la Charte y compris ses dispositions concernant les cas dans lesquels l'emploi de la force est légitime.

7. Rien dans le présent article ne pourra en aucune manière porter préjudice au droit à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance, tel qu'il découle de la Charte, des peuples privés par la force de ce droit et auxquels fait référence la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, notamment les peuples qui sont soumis à des régimes coloniaux ou racistes ou à d'autres formes de domination étrangère; ainsi qu'au droit de ces mêmes peuples de lutter à cette fin et de chercher et de recevoir un appui conformément aux principes de la Charte et en conformité avec la Déclaration susmentionnée.

Article 16 317/

Menace d'agression

1. Tout individu qui, en tant que dirigeant ou organisateur, commet ou ordonne que soit commise une menace d'agression sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

2. La menace d'agression consiste en des déclarations, des communications, des démonstrations de force ou toutes autres mesures de nature à donner au gouvernement d'un Etat de bonnes raisons de croire qu'une agression est sérieusement envisagée contre cet Etat.

Article 17 318/

Intervention

1. Tout individu qui, en tant que dirigeant ou organisateur, commet ou ordonne que soit commis un acte d'intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'un Etat sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

2. L'intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'un Etat consiste à fomenter des activités [armées] subversives ou terroristes, ou à organiser, aider ou financer de telles activités ou à fournir des armes aux fins de telles activités, portant ainsi [gravement] atteinte au libre exercice par cet Etat de ses droits souverains.

3. Rien dans le présent article ne pourra en aucune manière porter préjudice au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes tel qu'il est consacré dans la Charte des Nations Unies.

Article 18 319/

Domination coloniale et autres formes de domination étrangère

Tout individu qui, en qualité de dirigeant ou d'organisateur, établit ou maintient par la force ou ordonne l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale ou de toute autre forme de domination étrangère en violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes tel qu'il est consacré dans la Charte des Nations Unies sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

317/ Pour le commentaire, voir Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément No 10 (A/44/10), p.180

318/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 182.

319/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 186.

Article 19

Génocide 320/

1. Tout individu qui commet ou ordonne que soit commis un acte de génocide sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . . .].

2. Le génocide s'entend d'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel :

a) le meurtre de membres du groupe;

b) l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;

c) la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;

d) les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;

e) le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Article 20

Apartheid 321/

1. Tout individu qui, en qualité de dirigeant ou d'organisateur, commet ou ordonne que soit commis le crime d'apartheid sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

2. L'apartheid consiste en l'un quelconque des actes ci-après, basés sur des politiques et pratiques de ségrégation et de discrimination raciales, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial sur n'importe quel autre groupe racial et d'opprimer systématiquement celui-ci :

a) refuser à un membre ou à des membres d'un groupe racial le droit à la vie et à la liberté de la personne;

b) imposer délibérément à un groupe racial des conditions de vie destinées à entraîner sa destruction physique totale ou partielle;

c) prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe considéré;

320/ Pour le commentaire, voir infra, section D.2.

321/ Pour le commentaire, voir ibid.

d) prendre des mesures, y compris des mesures législatives, visant à iiviser la population selon des critères raciaux, en particulier en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial, en interdisant les mariages entre personnes appartenant à des groupes raciaux différents et en expropriant les bien-fonds appartenant à un groupe racial ou à des membres de ce groupe;

e) exploiter le travail des membres d'un groupe racial, en particulier en les soumettant au travail forcé;

f) persécuter des organisations ou des personnes, en les privant des libertés et droits fondamentaux, parce qu'elles s'opposent à 1 'apartheid.

Article 21 322/

Violations systématiques ou massives des droits de l'homme

Tout individu qui commet ou ordonne que soit commise l'une quelconque des violations ci-après des droits de l'homme :

- 1 'homicide intentionnel
- la torture
- le fait de placer ou de maintenir des personnes en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé
- la persécution pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels

d'une manière systématique ou massive; ou

- la déportation ou le transfert forcé de populations

sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

Article 22 323/

Crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité

1. Tout individu qui commet ou ordonne que soit commis un crime de guerre d'une exceptionnelle gravité sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . . .].

322/ Pour le commentaire, voir ibid.

323, Pour le commentaire, voir ibid.

2. Aux fins du présent Code, on entend par crime de guerre d'une exceptionnelle gravité une violation d'une exceptionnelle gravité des principes et règles du droit international applicables dans les conflits armés, consistant en l'un quelconque des actes ci-après :

a) les actes inhumains, cruels ou barbares dirigés contre la vie, la dignité ou l'intégrité physique ou mentale des personnes [, en particulier l'homicide intentionnel, la torture, la mutilation, les expériences biologiques, la prise d'otages, le fait de forcer une personne protégée à servir dans les forces d'une puissance hostile, le retard injustifié dans le rapatriement de prisonniers de guerre après la fin des hostilités actives, la déportation ou le transfert de la population civile et les peines collectives];

b) l'implantation de colons sur un territoire occupé et la modification de la composition démographique d'un territoire occupé;

c) l'emploi d'armes illicites;

d) l'utilisation de méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel;

e) la destruction à une grande échelle de biens de caractère civil

f) l'atteinte délibérée aux biens présentant une valeur religieuse, historique ou culturelle exceptionnelle.

Article 23 324/

Recrutement, utilisation, financement et instruction de mercenaires

1. Tout individu qui, en qualité d'agent ou de représentant d'un Etat, commet ou ordonne que soit commis l'un quelconque des actes ci-après :

- recruter, utiliser, financer ou instruire des mercenaires pour des activités dirigées contre un autre Etat ou en vue de s'opposer à l'exercice légitime du droit inaliénable des peuples à l'autodétermination tel qu'il est reconnu par le droit international

sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

324/ Pour 1e commentaire, voir Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplement No 10 (A/45/10), p. 54.

2. Le terme "mercenaire" s'entend de tout individu :

a) Qui est spécialement recruté dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;

b) Qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et auquel est effectivement promise, par une partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette partie;

c) Qui n'est ni ressortissant d'une partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une partie au conflit;

d) Qui n'est pas membre des forces armées d'une partie au conflit; et

e) Qui n'a pas été envoyé par un Etat autre qu'une partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat.

3. Le terme "mercenaire" s'entend également, dans toute autre nituation, de tout individu :

a) Qui est spécialement recruté dans le pays ou à l'étranger pour prendre part à un acte concerté de violence visant à :

i) Renverser un gouvernement ou, de quelque autre manière, porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un Etat; ou

ii) Porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un Etat;

b) Qui prend part à un tel acte essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel significatif et est poussé à agir par la promesse ou par le paiement d'une rémunération matérielle;

c) Qui n'est ni ressortissant ni résident de l'Etat contre lequel un tel acte est dirigé;

d) Qui n'a pas été envoyé par un Etat en mission officielle; et

e) Qui n'est pas membre des forces armées de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a eu lieu.

Article 24 325/

Terrorisme international

Tout individu qui, en qualité d'agent ou de représentant d'un Etat, commet ou ordonne que soit commis l'un quelconque des actes ci-après :

325/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 52.

- entreprendre, organiser, aider, financer, encourager ou tolérer des actes contre un autre Etat, visant des personnes ou des biens et de nature à provoquer la terreur parmi des dirigeants, des groupes de personnes, ou la population

sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

Article 25 326/

Trafic illicite de stupéfiants

1. Tout individu qui commet ou ordonne que soit commis l'un quelconque des actes ci-après :

- entreprendre, organiser, faciliter, financer ou encourager le trafic illicite de stupéfiants à une vaste échelle, dans le cadre d'un Etat ou un cadre transfrontière

sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

2. Aux fins du paragraphe 1, le fait de faciliter ou d'encourager le trafic illicite de stupéfiants inclut le fait pour un individu d'acquérir, de détenir, de convertir ou de transférer des biens en sachant que ces biens proviennen't du crime défini dans le présent article dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens.

3. On entend par trafic illicite de stupéfiants toute production, fabrication, extraction, préparation, offre, mise en vente, distribution, vente, livraison à quelque condition que ce soit, courtage, expédition, expédition en transit, transport, importation ou exportation de tout stupéfiant ou de toute substance psychotrope en violation du droit interne ou du droit international.

Article 26 327/

Dommages délibérés et nraves à l'environnement

Tout individu qui cause délibérément ou ordonne que soient causés des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

326/ Pour le commentaire, voir ibid., p. 56.

327/ Pour le commentaire, voir infra, section D.2.

2. Texte des projets d'articles 3, 4, 5, 11, 14, 19, 20, 21, 22 et 26, avec commentaires y relatifs et commentaire sur l'ensemble de la deuxième partie, adoptés à titre provisoire par la Commission à sa quarante-troisième session

PREMIERE PARTIE

...

CHAPITRE 2. PRINCIPES GENERAUX

Article 3

Responsabilité et sanction

1. Tout individu qui commet un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est responsable de ce chef et passible de châtiment.

2. Tout individu qui fournit une aide, une assistance ou des moyens en vue de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui participe à une entente en vue de commettre un tel crime ou qui incite directement à le commettre est responsable de ce chef et passible de châtiment.

3. Tout individu qui commet un acte constituant une tentative de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité [visé aux articles . ..] est responsable de ce chef et est passible de châtiment. Par tentative, on entend tout commencement d'exécution d'un crime qui a manqué son effet ou qui n'a été suspendu qu'en raison de circonstances independantes de la volonté de son auteur.

Commentaire

1) Le présent article traite de la responsabilité pénale individuelle, de la participation criminelle et de la tentative.

2) Le premier paragraphe traite plus particulièrement de la responsabilité de l'auteur du crime et il limite à l'individu la responsabilité pénale et la sanction qui en découle, à l'exclusion de l'Etat. Il est vrai que le fait dont un individu est responsable pourrait être aussi attribuable à un Etat si l'individu a agi comme "agent de l'Etat", "pour le compte de l'Etat", "au nom de l'Etat", ou en qualité d'agent de fait, sans pouvoir légal. Le projet d'article 3 stipule clairement la responsabilité pénale de l'individu et s'entend sans préjudice de la responsabilité internationale de l'Etat. A ce sujet et au cours des débats tenus en plénière sur le projet de code, certains membres de la Commission ont soutenu la thèse selon laquelle

non seulement l'individu mais aussi l'Etat pourrait être tenu pour pénalement responsable. Néanmoins, la Commission, à sa trente-sixième session, avait décidé de limiter jusqu'à nouvel ordre le projet de code à la responsabilité pénale des individus, sans préjudice d'un examen ultérieur de l'application possible aux Etats de la notion de responsabilité pénale internationale, à la lumière des opinions exprimées par les gouvernements 328/. Il convenait de signaler à ce sujet qu'à supposer que la responsabilité pénale de l'Etat puisse être codifiée, les règles qui lui seraient applicables ne sauraient être les mêmes, ni au niveau de 1 'enquête, ni au niveau de la comparution, ni au niveau de la sanction. Les deux régimes de responsabilité pénale seraient différents. Déjà, à l'occasion de l'adoption du commentaire sur l'article 19 du projet d'articles sur la responsebilité internaticnale des Etats, la Commission avait mis en garde contre la tendance à donner à l'expression "crime international", employée dans ledit article, un contenu pénal, au sens que le droit criminel donne à ce mot. Elle a mis en garde "contre toute confusion entre l'expression 'crime international' employée dans cet article et des expressions similaires ('crime de droit international', 'crime de guerre', 'crime contre la paix', 'crime contre l'humanité', etc.), utilisées dans une série de conventions et d'actes internationau: pour désigner certain6 forfaits individuels pour lesquels ces instruments exigent des Etats qu'ils punissent adéquatement, et d'après les règles de leur droit interne, les individus coupables" 329/. Elle a souligné que "l'obligation de punir personnellement les individus-organes coupables de crimes contre la paix, contre l'humanité, etc., ne constitue pas, pour la Commission, une forme de responsabilité internationale de l'Etat . . ." 330/.

328/ Annuaire ... 1984, vol. II (deuxième partie), p. 17, document A/39/10, par. 65 a).

329/ Annuaire . . . 1976, vol. II (deuxième partie), p. 110, document A/31/10, par. 59 du commentaire sur l'article 19.

330/ Ibid., p. 96, par. 21.

3) Le paragraphe 2 est relatif à la complicité, concept qui est défini par le paragraphe comme étant le fait de fournir une aide, une assistance ou des moyens en vue de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. La complicité, en tant que forme de participation au crime, était déjà prévue au Principe No VII des Principes de Nuremberg, par le Paragraphe 13 iii) de l'article 2 du projet de code de 1954 ainsi que par l'article III, alinéa e), de la Convention de 194R sur le génocide.
La plupart des membres se sont accordés à penser que toute aide ou assistance ou moyen fournis avant la perpétration du crime ou pendant la commission de celui-ci, constituaient des cas manifestes de complicité. En revanche, les avis se sont partagés sur la façon de considérer l'aide, l'assistance ou les moyens fournis ex post facto, c'est-à-dire après la commission du crime, par exemple pour faciliter la fuite de l'auteur, pour faire disparaître les instruments ou les fruits du crime, etc. Une conclusion a semblé se dégager dans le sens de considérer comme complicité toute aide, assistance ou moyens fournis ex post facto s'ils répondaient à un accord conclu avant la perpétration du crime. Cependant les opinions ont été partagées s'agissant de l'aide, assistance ou moyens fournis ex post facto sans qu'un accord préalable soit intervenu. Pour certains membres, représentants de certains systèmes juridiques, il s'agissait là également de complicité, et le complice serait appelé, sous ces systèmes juridiques, "an accessory after the fact".
D'autres membres, en revanche, pensaient qu'il s'agissait là d'une infraction de nature différente, appelée le recel. Ils ne concevaient pas, par exemple, que la personne qui donnait refuge à l'auteur d'un génocide puisse être assimilée à celui-ci, en tant que participant à un crime contre la paix et la sécurité de 1 'humanité. Cette personne commettait un crime, certes, mais ne participait pas à la perpétration d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

4) Le paragraphe 2 prévoit également l'entente en vue de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, ainsi que l'incitation à le commettre, comme formes de participation possibles, qui entraînent la responsabilité pénale d'un individu et le rendent passible de châtiment.
Pour ce qui est du mot "entente", la Commission a préféré ce terme, en Français, plutôt que celui de complot, terminologie qui était empruntée à

l'article III de la Convention sur le génocide et qui s'écartait, en français du moins, de celle utilisée par le projet de code de 1954 et par le Principe No VI de Nuremberg. Tant le mot "entente" que le mot "complot" traduisaient le mot anglais "conspiracy", qui a été retenu dans la version anglaise du présent projet d'article. Dans tous les cas, la conduite punissable que l'on visait, c'était la participation à un plan concerté pour l'accomplissement d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. La Commission a retenu cette notion en tant que forme de participation et non pas comme infraction ou crime autonome. Pour ce qui est de l'incitation directe, le projet de code de 1954 la prévoyait déjà tandis que la Convention sur le génocide incriminait l'incitation directe et publique. La Commission a estimé qu'il n'était pas indispensable que l'incitation fût publique pour être punissable, dès l'instant qu'elle était destinée à encourager la perpétration de certains crimes.

5) Tant le projet de code de 1954 (article 2) 13) iv)) que la Convention sur le génocide (article III d)) prévoient la tentative comme un acte punissable, sans la définir cependant. Le paragraphe 3 du présent projet d'article a trait à la responsabilité et à la sanction de tout individu qui commet un acte ronstituant une tentative, et il en fournit la définition. Il ressort de cette définition que la notion de tentative comporte les éléments suivants : a) l'intention de commettre un crime déterminé; b) un acte tendant à le commettre; c) la possibilité apperente de le commettre; et d) la non-consommation du crime pour des raisons étrangères à la volonté de son auteur. A la différence du projet de code de 1954 cependant, lequel incriminait la tentative pour commettre "l'un quelconque" des crimes visés par le projet, les opinions des membres de la Commission ont été, en l'occurrence, partagées sur le point de savoir si tous les crimes prévus par le présent projet de code admettaient la tentative. Certains membres estimaient que tel était le cas. D'autres membres pensaient qu'il fallait procéder à un examen détaillé article par article afin de déterminer si l'incrimination de la tentative était applicable à chaque crime individuellement considéré. La Commission n'a pas voulu, au cours de cette première lecture du projet d'articles, pencher vers l'une ou l'autre des deux solutions. C'est pourquoi

la première proposition du paragraphe contient, entre crochets, les mots "visés aux articles . . .". Ce sera au cours de la deuxième lecture du projet d'articles, et à la lumière des commentaires des gouvernements, que la Commission tranchera cette question.

6) Le mot "sanction" dans la version française du titre du présent article a été utilisé comme équivalent du mot punishment utilisé dans la version anglaise.

Article 4

Mobiles

La responsabilité pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'est pas affectée par les mobiles étrangers à la définition de l'infraction qui pourraient être allégués par l'accusé.

Commentaire

Cet article établit la non-pertinence des mobiles étrangers à la définition de l'infraction allégués par l'accusé pour écarter sa responsabilité. Il a paru nécessaire à la Commission pour bien montrer que le délinquant ne pourra user d'aucun subterfuge. Il ne peut invoquer aucun mobile pour se disculper, dès l'instant que l'infraction présente les caractères définis par le Code. Il s'agit d'écarter tout moyen de défense qui serait fondé sur un autre mobile lorsque le mobile réel qui a inspiré l'acte entre dans la définition des crimes prévus dans le projet de code. On entend par mobile l'impulsion qui a poussé à agir, le sentiment qui a animé 1 'auteur (racisme, sentiment religieux, opinion politique, etc.). Aucun mobile d'aucune sorte ne peut justifier un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le mobile répond à la question de savoir quelles sont les raisons qui ont animé 1 'auteur. Les mobiles caractérisant généralement un crime contre l'humanité sont fondés sur la haine raciale ou nationale, la religion ou l'opinion politique. C'est pourquoi, en raison des mobiles qui les inspirent, les crimes visés dans le présent projet de code sont les crimes les plus graves. Il faut distinguer le mobile de l'intention, c'est-à-dire la volonté délibérée de commettre le crime, qui, elle, est une condition nécessaire des infractions prévues dans le projet de code. On en a parlé au paragraphe 3 du commentaire sur l'article premier du projet.

5rticle

Responsabilité des Etats

Les poursuites engagées contre un individu pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'excluent pas la responsabilité en droit international d'un Etat pour une action ou une omission qui lui est attribuable.

Commentaire

1) Ainsi qu'il est dit au commentaire de l'article 3, le présent projet de code, au paragraphe 1 de l'article 3, limite à l'individu la responsabilité pénale pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, et la Commission a décidé, au moins à ce stade, de ne pas appliquer aux Etats la responsabilité pénale internationale. Cependant, il avait été également signalé au commentaire de l'article 3 qu'un individu pouvait commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité non seulement en tant que simple particulier mais aussi, et le plus souvent, comme "agent de l'Etat", "pour le compte de l'Etat", "au nom de 1 'Etat", ou même dans un simple rapport de fait, sans être investi d'aucun pouvoir légal.

2) Le présent projet d'article, dans ces hypothèses, laisse intacte la responsabilité internationale de l'Etat, dans le sens traditionnel de l'expression tel qu'il découle du droit international général, pour les actes ou omissions attribuables à l'Etat du fait des infractions reprochées à des individus, agents de l'Etat. Ainsi que la Commission l'avait déjà souligné dans son commentaire de l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des Etats, la punition des individus, agents de l'Etat, "n'épuise certes pas la poursuite de la responsabilité internationale incombant à l'Etat pour les faits internationalement illicites qui, de par le comportement de ses organes, lui sont attribués dans de tels cas" 331/. L'Etat peut donc demeurer responsable sans pouvoir s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la poursuite ou la punition des individus auteurs du crime. Il pourra être tenu de réparer le préjudice causé du fait de ses agents.

331/ Ibid.

Article 11

Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique

Le fait qu'un individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité pénale s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre compte tenu des circonstances.

Commentaire

1) La question du rôle que peut jouer un supérieur hiérarchique dans la perpétration d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité peut être examinée sous deux angles. Le premier aspect est celui de savoir dans quelle mesure la perpétration d'un crime par un subordonné engage aussi la responsabilité de son supérieur hiérarchique. Cet aspect du problème fait l'objet de l'article 12 ci-dessous. Le deuxième aspect est celui de déterminer dans quelle mesure l'ordre donné par un supérieur hiérarchique pour la perpétration d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité peut dégager la responsabilité du subordonné. C'est la question dont s'occupe le prisent projet d'article.

2) La règle selon laquelle l'ordre d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas, en principe, la responsabilité du subordonné a été établie par la jurisprudence des tribunaux militaires après la deuxième guerre mondiale et a été reprise dans le Principe IV des Principes du droit international consacrés par le Statut de Nuremberg, et dans l'article 4 du projet de code de 1954. Ainsi, par exemple, le Tribunal militaire américain, dans l'affaire du feld-maréchal List et autres, a affirmé qu'"un officier n'est tenu d'exécuter que les ordres légaux qu'il reçoit". "Celui qui transmet, donne ou exécute un ordre criminel devient un criminel s'il a reconnu ou s'il a dû reconnaître le caractère criminel de l'ordre. Il est bien certain qu'un feld-maréchal de l'armée allemande, ayant plus de quarante ans d'expérience comme officier de carrière, avait ou aurait dû avoir connaissance du caractère illicite de cet ordre." . . . "Nous pensons que si le subalterne ne se rendait pas compte de l'illégalité de l'ordre reçu, et si l'on ne pouvait équitablement attendre de lui qu'il s'en rendît compte, l'intention coupable, que suppose la commission d'un crime, fait défaut, et l'inférieur sera couvert" 332/.

332/ American Military Tribunals, Case No VII, vol. XI, p. 1271 et 1236.

3) Il est admis cependant que pour que l'ordre du supérieur engage aussi la responsabilité du subordonné, il faut que celui-ci ait eu la faculté de choisir, la possibilité réelle de ne pas exécuter l'ordre. Ces circonstances n'existeraient pas dans des cas de contrainte morale OU physique irrésistibles, d'état de nécessité ou d'erreur manifeste et acceptable. La jurisprudence cependant a été très sévère dans l'appréciation de tels moyens de défense. C'est pourquoi le Principe IV de Nuremberg dispose que l'ordre ne dégage pas la responsabilité de l'auteur "s'il a eu moralement la faculté de choisir". Pour sa part, le projet de code de 1954, dans une formule plus précise, déclare que l'ordre ne dégage pas la responsabilité du subordonné si celui-ci "avait la possibilité, dans les circonstances existantes, de ne pas se conformer à cet ordre".

4) Il en ressort donc que la question de l'ordre du supérieur hiérarchique et de son incidence sur la responsabilité du subordonné est en relation avec la théorie des faits justificatifs ou exceptions au principe de la responsabilité que la Commission aborde au projet d'article 14, d'une façon encore provisoire ainsi que l'explique le commentaire à ce texte. On pourrait donc se demander pourquoi la Commission n'a pas abordé cette question à l'article 14, qui porte sur les faits justificatifs et les circonstances atténuantes. La Commission considère qu'étant donné l'importance de la question et son rapport avec celle dont traite le projet d'article 12, c'est à l'article 11, et non à l'article 14, qu'il convient d'en parler.

Article 14

Faits justificatifs et circonstances atténuantes

1. Le tribunal compétent appréciera l'existence de faits justificatifs conformément aux principes généraux de droit, compte tenu du caractère de chaque crime.

2. En prononçant la sentence, le tribunal tiendra compte, le cas échéant, de circonstances atténuantes.

Commentaire

1) Cet article réunit d'une façon provisoire deux notions de droit pénal, à savoir les faits justificatifs et les circonstances atténuantes, qui interviennent dans la détermination de la responsabilité de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité ou d'un participant à sa perpétration, et dans la sanction qui leur est applicable. Il s'agit de

deux notions que la Commission juge très importantes et dont elle a débattu au cours de cette session. La Commission n'a cependant pas été en mesure de rédiger des projets de dispositions très détaillés recueillant l'accord général de tous les membres, étant donné la diversité des opinions de ses membres sur les effets ou conséquences qui devaient découler de ces notions. La Commission a donc cru devoir se limiter, à ce stade, à l'adoption de cette disposition de caractère général qui se réfère à la possibilité pour le tribunal de tenir compte de l'existence de faits justificatifs ou circonstances atténuantes. Une formulation plus précise et plus adéquate sera étudiée à un stade ultérieur, compte tenu des observations des gouvernements qui permettraient à la Commission, au cours de la deuxième lecture du projet d'articles, de rédiger des dispositions plus appropriées en la matière.

2) Pour ce qui est du paragraphe 1 concernant les faits justificatifs, un échange d'idées a eu lieu sur l'applicabilité aux crimes prévus dans le projet de code de certaines notions classiques de droit pénal comme la légitime défense, la contrainte, l'état de nécessité, la force majeure et l'erreur. S'agissant de la légitime défense, par exemple, certains membres pensaient que la nature de certains crimes visés par le code ne s'accommodait pas de faits justificatifs. A certains membres qui acceptaient seulement la légitime défense en cas d'agression, d'autres membres répondaient que l'agression, si elle est établie, ne peut être justifiée par aucun fait. D'autres échanges de vues ont eu lieu au sujet de la contrainte, de l'état de nécessité, de la force majeure et de l'erreur ainsi que d'autres faits justificatifs possibles, par exemple la démence 333/. Pour ce qui est de l'ordre du supérieur hiérarchique, la Commission a décidé de lui consacrer une disposition distincte (projet d'article 11) pour les raisons qui sont expliquées au commentaire de ce texte. De l'avis de certains membres, contre certaines catégories de crimes, par exemple les crimes contre l'humanité, il n'était jamais possible d'invoquer des faits justificatifs.

333/ Un débat sur ces notions avait eu lieu à la trente-neuvième session de la Commission, lors de la considération du cinquième rapport du Rapporteur spécial, voir Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-neuvième session, document A/42/10, par. 44 à 55.

3) S'agissant du paragraphe 2, plusieurs membres ont signalé qu'un article de cette nature devrait être beaucoup plus précis dans l'énumération des circonstances qui permettraient la modulation de la peine 334/. De plus, plusieurs membres ont exprimé des réserves quant à l'opportunité d'inclure dans un même article deux notions essentiellement différentes : les faits justificatifs portaient sur l'existence ou non de la responsabilité; les circonstances atténuantes, par contre, présupposaient la responsabilité, et devenaient pertinentes seulement pour l'appréciation de la peine. La Commission a toutefois, dans le but signalé au paragraphe 1) du présent commentaire, décidé de retenir le projet d'article dans son entier.

DEUXIEME PARTIE. CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SECURITE DE L'HUMANITE

1) La deuxième partie définit la portée ratione materiae et ratione personae du projet de code.

2) Le projet ne fait plus de distinction entre crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Cette distinction a fourni des orientations utiles sur la façon d'aborder chaque crime, mais la Commission a estimé qu'à ce stade de ses travaux et en attendant les observations des gouvernements, on pouvait s'en dispenser puisque des solutions s'étaient dégagées touchant à la fois les éléments constitutifs et l'imputation de chacun des crimes.

3) L'ordre dans lequel les crimes sont énumérés n'emporte aucun jugement de valeur quant à leur degré de gravité.

4) La Commission a adopté une présentation uniforme pour identifier les personnes auxquelles la responsabilité de chacun des crimes énumérés dans le code peut être imputée. Elle a arrêté trois types de solutions, selon la nature du crime considéré. A son avis, certains des crimes définis dans le code, à savoir l'agression (art. 15), la menace d'agression (art. 16),

---

334/ Sur cette question, voir supra, au paragraphe 91, le débat sur les peines applicables tenu en plénière au cours de la présente session.

l'intervention (art. 17), la domination coloniale (art. 18) et l'apartheid (art. 20) sont toujours commis ou ordonnés par des individus occupant les plus hautes fonctions de décision dans l'appareil politique ou militaire de l'Etat ou dans sa vie financière ou économique. Pour ces crimes, la Commission a limité le cercle des auteurs potentiels aux dirigeants et aux organisateurs, termes qui apparaissent dans le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans celui du Tribunal de Tokyo. Un deuxième groupe de crimes, à savoir le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (art. 23) et le terrorisme international (art. 24), relèvera du code chaque fois que des agents ou représentants d'un Etat y seront mêlés. Un troisième groupe de crimes, à savoir le génocide (art. 19), les violations systématiques ou massives des droits de l'homme (art. 21), les crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité (art. 22), le trafic illicite de stupéfiants (art. 25) et les dommages délibérés et graves à l'environnement (art. 26), relèveront du code quels qu'en soient les auteurs.

5) Les articles n'exigent pas que les personnes identifiées aient elles-mêmes commis l'acte considéré. Ils les rendent responsables même si elles n'ont fait que l'ordonner.

6) Les dispositions concernant les auteurs des crimes doivent s'entendre compte tenu des clauses de l'article 3 sur la complicité, l'entente et la tentative.

7) La Commission a traité de façon uniforme la question des peines. Les débats à la Commission ont fait apparaître à cet égard plusieurs tendances. Certains membres ont soutenu que la question ne devait pas être traitée dans le code et qu'il fallait la laisser au droit interne. D'autres ont rappelé que l'absence de toute disposition sur ce point dans le projet de code de 1954 avait été jugée par beaucoup comme l'une des carences majeures de ce projet; ils ont donc insisté pour que la question des peines soit traitée. Certains d'entre eux ont préconisé d'inclure une échelle des peines qui serait applicable à tous les crimes, d'autres étaient partisans de joindre à la définition de chaque crime l'indication de la peine correspondante.

La Commission n'a pas tenté, à ce stade de ses travaux, de concilier ces thèses divergentes. Elle s'est bornée à signaler le problème en faisant figurer dans chaque article, entre crochets, le mot "à" suivi de points de suspension. De la sorte, toutes les options restent ouvertes et la Commission

pourra, en deuxième lecture, se prononcer sur la question (y compris celle des peines à appliquer à la complicité, à l'entente et à la tentative) en pleine connaissance de cause quant aux diverses solutions possibles.

... 335/

Article 19

Génocide

1. Tout individu qui commet ou ordonne que soit commis un acte de génocide sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . . .].

2. Le génocide s'entend d'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire., en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel :

a) le meurtre de membres du groupe;

b) l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;

c) la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;

d) les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;

e) le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Commentaire

1) L'extrême gravité du crime de génocide et le fait que l'Assemblée générale, en 1948 déjà, lui avait consacré une convention internationale tendant à sa prévention et à sa répression, ont d'une part rendu indispensable l'inclusion de ce crime dans le projet de code et, d'autre part, facilité la tâche de la Commission en cette matière. La définition du crime de génocide contenue dans le projet d'article 19 est donc entièrement fondée sur celle de

335/ Pour le commentaire sur l'article 15, voir Annuaire ... 1988, vol. 11, deuxième partie, chap. IV, sect. C.2; pour le commentaire sur les articles 16, 17 et 18, voir le Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante et unième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément No 10) (A/44/10), chap. III, sect. C.2; pour le commentaire sur les articles 23, 24 et 25, voir le Rapport de la Commission sur les travaux do sa quarante-deuxième session (ibid., quarante-cinquième session, Supplément No 10) (A/45/10), chap. II, sect. D.2.

l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide adoptée par l'Assemblée générale le 9 décembre 1948, convention qui a été largement acceptée par la communauté internationale et a été ratifiée par la très grande majorité des Etats.

2) A la différence du paragraphe 10 de l'article 2 du projet de code de 1954, lequel, par l'inclusion des mots "y compris", avait donné à la liste des actes constituant génocide un caractère énumératif plutôt que limitatif, la Commission, en 1 'occurrence, a décidé de s'en tenir aux termes de l'article II de la Convention, lequel donne un caractère limitatif à la liste des actes. La nature pénale du projet de code, le principe nullum crimen sine lege ainsi que la nécessité de ne pas s'écarter d'un texte largement accepté par la communauté internationale ont fait pencher la Commission vers cette solution.

3) Le crime se compose de deux éléments :

a) la commission de l'un ou plusieurs des actes énumérés dans le projet d'article;

b) l'intention de détruire, en tout ou en partie, l'un des groupes protégés par le projet d'article.

4) Il ressort clairement des travaux préparatoires de la Convention que la destruction dont il s'agit est la destruction matérielle d'un groupe, par des moyens soit physiques, soit biologiques, et non pas la destruction de l'identité nationale, linguistique, religieuse, culturelle ou autre d'un groupe déterminé. L'élément national ou religieux, ainsi que l'élément racial ou ethnique, n'est pas pris en considération dans la définition du mot "destruction". Celui-ci doit s'entendre seulement dans son sens matériel, dans son sens physique ou biologique. Il est vrai que le projet de convention de 1947 préparé par le Secrétaire général ainsi que le projet de 1948 élaboré Par le Comité spécial du génocide contenaient des dispositions visant le "génocide culturel" et qui couvraient tous actes prémédités commis dans l'intention de détruire la langue, la religion ou la culture d'un groupe, tels que l'interdiction d'employer la langue du groupe dans les rapports quotidiens ou dans les écoles ou l'interdiction d'imprimer et de répandre des publications rédigées dans la langue du groupe, ou encore la destruction des bibliothèques, musées, écoles, monuments historiques, lieux du culte ou autres institutions et objets culturels du groupe ou l'interdiction d'en faire usage.

Mais le texte de la Convention, tel qu'il est issu de la Sixième Commission et adopté par l'Assemblée générale, a éliminé la notion de "génocide culturel" prévue dans les deux projets et s'est borné à énumérer des actes qui rentrent dans la catégorie de génocide "physique" ou "biologique". Les trois premiers alinéas du projet d'article énumèrent des actes de "génocide physique" tandis que les deux derniers énumèrent des actes de "génocide biologique".

5) Il a été suggéré d'inclure la déportation dans l'alinéa c) du paragraphe 2. La Commission a toutefois estimé que cet alinéa couvrait la déportation dans les cas où celle-ci visait à détruire tout ou partie du Groupe.

6) Il ressort clairement du projet d'article qu'il n'est pas nécessaire d'atteindre le résultat final de la destruction d'un groupe pour que le crime de génocide soit commis. Il suffit d'avoir commis l'un quelconque des actes qu'énumère le projet d'article dans l'intention claire de parvenir à la destruction totale ou partielle d'un groupe protégé.

7) Bien que ne rentrant pas dans la définition du génocide, plusieurs actes énumérés au paragraphe 4) du présent commentaire pourraient, s'ils sont commis d'une manière systématique ou massive, constituer le crime prévu à l'article 21 du projet de code, qui incrimine les "violations systématiques et massives des droits de l'homme".

8) Un membre de la Commission était d'avis que le transfert forcé visé à l'alinéa e) du paragraphe 2 du projet d'article ne devait pas se limiter aux enfants mais devait s'appliquer aussi aux adultes.

Article 20

Apartheid

1. Tout individu qui, en qualité de dirigeant ou d'organisateur, commet ou ordonne que soit commis le crime d'apartheid sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

2. L'apartheid consiste en l'un quelconque des actes ci-après, basés sur des politiques et pratiques de ségrégation et de discrimination raciales, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial sur n'importe quel autre groupe racial et d'opprimer systématiquement celui-ci :

a) refuser à un membre ou à des membres d'un groupe racial le droit à la vie et à la liberté de la personne:

b) imposer délibérément à un groupe racial des conditions de vie destinées à entraîner sa destruction physique totale ou partielle;

c) prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe considéré;

d) prendre des mesures, y compris des mesures législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux, en particulier en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial, en interdisant les mariages entre personnes appartenant à des groupes raciaux différents et en expropriant les bien-fonds appartenant à un groupe racial ou à des membres de ce groupe;

e) exploiter le travail des membres d'un groupe racial, en particulier en les soumettant au travail forcé;

f) persécuter des organisations ou des personnes, en les privant des libertés et droits fondamentaux, parce qu'elles s'opposent à l'apartheid.

Commentaire

1) L'apartheid, forme institutionnalisée de la discrimination raciale qui tend à perpétuer la domination et l'oppression sur un groupe racial, est si profondément réprouvée par la conscience universelle de nos jours qu'il n'était point concevable à la Commission de l'exclure d'un code qui réprime et punit les crimes les plus abominables, et qui compromettent la paix et la sécurité de l'humanité. Il convient de rappeler à ce sujet que déjà la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2391 (XXII) du 26 novembre 1968 avait assimilé aux crimes contre l'humanité et donc considéré comme imprescriptibles "les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid".

2) La définition du crime d'apartheid contenue dans le présent projet d'article s'inspire dans la lettre et dans l'esprit de celle de l'article II de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 3068 (XXVIII) du 30 novembre 1973. La Commission a considéré cependant qu'il était plus dans la nature d'un texte de droit criminel de ne pas incorporer des exemples dans le corps du texte lui-même et de limiter la définition à la description des conduites incriminées. Ces exemples ont donc été enlevés de la définition dans

un simple souci technique sans entamer en rien leur possible incrimination ou celle d'autres exemples possibles qu'un tribunal pourrait considérer comme réunissant toutes les caractéristiques de l'une des conduites interdites par le projet d'article.

3) La Commission a limité la portée du projet d'article en ce qui concerne les auteurs du crime aux dirigeants ou organisateurs, comme elle l'a fait dans le cas d'autres crimes tels que l'agression et l'intervention. Ce faisant, elle a voulu limiter la responsabilité criminelle à ceux qui sont en mesure de se servir de l'appareil de l'Etat pour la planification, l'organisation et la perpétration de ce crime.

4) La Commission n'a pas voulu limiter la portée de la définition du projet d'article par des références à l'Afrique australe comme c'était le cas de l'article II de la Convention de 1973, qui contient une telle référence. Indépendamment du fait que ces pratiques pourraient un jour disparaître totalement de cette région du morde, la Commission a en outre estimé qu'un crime si universellement condamné comme l'apartheid devait être défini d'une façon telle que cette définition soit applicable sans limitation de temps ou de lieu.

5) Quant à 1 'expression "un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux", qui apparaît à maintes reprises dans la définition donnée de ce crime dans la Convention de 1973, la Commission a estimé que les mots "un groupe racial" valaient aussi pour une pluralité de groupes et n'a donc pas maintenu les mots "ou plusieurs groupes".

Article

Violations systématiques ou massives des droits de l'homme

Tout individu qui commet ou ordonne que soit commise l'une quelconque des violations ci-après des droits de l'homme :

- L'homicide intentionnel

- la torture

- le fait de placer ou de maintenir des personnes en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé

- la persécution pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels

d'une manière systématique ou massive; ou

- la déportation ou le transfert forcé de populations

sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . ..].

Commentaire

1) Le paragraphe 10 de l'article 2 du projet de code de 1954 prévoyait, en tant que crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, "les actes inhumains, tels que l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou les persécutions commis contre des éléments de la population civile pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels, par les autoritéa d'un Etat ou par des particuliers agissant à l'instigation de ces autorités ou avec leur consentement". En réexaminant cette disposition, qui n'était pas limitative dans le projet de code de 1954, la Commission a cru nécessaire, tout en gardant l'essentiel des incriminations y contenues, de procéder à une mise à jour de forme et de fond, qui tiendrait compte des développements du droit international au cours des dernières décennies.

2) D'abord, la Commission a observé que le facteur commun qui liait toutes les incriminations de ce projet d'article était la violation grave de certains droits de l'homme fondamentaux. A la lumière de cette idée et tenant compte du développement considérable que la protection des droits de l'homme avait connu depuis le projet de code de 1954, soit quant à l'élaboration d'instruments internationaux en la matière, soit quant aux organes chargés de leur application, soit quant à la prise de conscience universelle d'une nécessité impérieuse de protéger ces droits, la Commission a cru utile de faire ressortir dans le projet d'article lui-même, ainsi que dans son titre, ce facteur commun mentionné plus haut.

3) D'autre part, et tenant compte du caractère d'extrême gravité que doivent avoir les actes prévus par le projet de code, le projet d'article adopté par la Commission incrimine seulement les violations des droits de l'homme ayant un caractère systématique ou massif. Le caractère systématique se rapporte à une pratique d'un caractère constant ou à un dessein méthodique de procéder à

ces violations. Le caractère massif se réfère au nombre de personnes atteintes par ces violations ou à l'entité qui a été atteinte. Il suffit que l'un ou l'autre de ces caractères - systématique ou massif - soit présent dans l'un quelconque des actes énumérés dans le projet d'article pour que l'infraction soit réalisée. En revanche, des actes isolés d'homicide intentionnel ou de torture, etc. - qui n'ont pas soit un caractère systématique, soit un caractère massif, si condamnables soient-ils en tant que violations des droits de l'homme - ne tombent pas sous le coup du projet de code. Il faut par conséquent lire chacun des alinéas relatifs aux actes incriminés par le projet d'article conjointement avec le chapeau de l'article, qui les incrimine seulement s'ils constituent une violation systématique ou massive des droits de l'homme.

4) De plus, et par rapport au projet de code de 1954, la Commission a élargi la liste des actes en y incluant la torture et a mis en relief certains autres actes, tels que la déportation ou le transfert forcé de populations. Cependant, en tenant compte du caractère pénal du projet de code, et du principe **nullum crimen sine lege**, la Commission a cru nécessaire de donner un caractère limitatif à la liste des actes, à la différence de celle contenue dans le projet de code de 1954.

5) Il est important de signaler que le projet d'article ne limite pas les auteurs possibles des crimes y prévus aux seuls agents ou représentants d'un Etat. S'il est vrai que ce sera normalement ces derniers qui auront dans les faits, de par leur position officielle, les plus grandes possibilités de commettre les crimes prévus par le projet d'article, il n'en reste pas moins que l'article n'exclut pas que de simples particuliers, pourvus d'un pouvoir de fait ou organisés en bandes ou groupes criminels, puissent eux aussi commettre le genre de violations systématiques ou massives des droits de l'homme prévues dans le présent article, hypothèse dans laquelle leurs actes tomberaient sous le coup du projet de code.

6) Pour ce qui est de l'homicide intentionnel, point n'est besoin de s'y étendre étant donné le caractère universellement connu de ce crime prévu par tous les codes criminels de droit interne. A ce sujet, il faut signaler cependant que la Commission n'a pas inclus dans son projet d'article

le concept d'extermination prévu dans la disposition parallèle du projet de Code de 1954. Elle a considéré que l'extermination, dans les cas où elle ne serait pas une forme de génocide, constituerait une forme massive d'homicide intentionnel et serait donc déjà couverte par le projet d'article.

7) En ce qui concerne la torture, ce crime n'avait pas été prévu par le projet de code de 1954. La Commission a estimé que le caractère particulièrement odieux de ce crime ainsi que le6 manifestations malheureusement nombreuses que la réalité internationale en avait fournie6 au cour6 des dernière6 décennie6 justifiaient pleinement l'inclusion de la torture parmi les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, lorsqu'elle était pratiquée sous une forme systématique ou massive. Pour ce qui était de sa définition, le crime de torture avait fait l'objet d'une déclaration de L'Assemblée générale 6ur la protection de toutes le6 personne6 contre la torture et autre6 peine6 ou traitement6 cruels, inhumain6 ou dégradants (résolution 3452 (XXX) du 9 décembre 1975) ainsi que d'une Convention contre la torture et autre6 peine6 ou traitements cruels, inhumain6 ou dégradant6 adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987. Un membre de la Commission était d'accord sur la définition matérielle du crime donnée par cette Convention, mai6 il estimait que les auteur6 possibles du crime ne devaient pas être limite6 aux agent6 de la fonction publique ou à toute autre personne agissant à titre officiel : de6 groupe6 de particuliers pouvaient eux aussi être les auteurs de ce crime.

8) Une autre violation des droit6 de l'homme prévue par le projet d'article est le fait, soit de placer, soit de maintenir de6 personne6 en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé. Au sujet de la définition de ces crimes, la Commission a considéré qu'étant donné l'existence de convention6 spécifiques relatives à ces matières, il suffisait que le projet d'article énumère les crimes en laissant au commentaire le soin d'invoquer le6 principe6 de droit international qui sont à la base de ces conventions. Ainsi 1 'esclavage a été défini dan6 la Convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926 et dans la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage du 7 septembre 1956. Cette dernière convention définit aussi la servitude. L'esclavage et la servitude sont interdits aussi par l'article 8 du Pacte international relatif aux droits

civils et politiques du 16 décembre 1966. Ce dernier article interdit de même le travail forcé, concept qu'il précise, et qui a fait aussi l'objet de certaine6 conventions comme la Convention No 29 adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail le 28 juin 1930 et la Convention No 105 concernant l'abolition du travail forcé adoptée par la Conférence générale de l'OIT le 25 juin 1957. Il faut souligner, néanmoins, qu'à la différence de certaine6 de6 conventions mentionnées, et du projet de code de 1954, le projet d'article incrimine non seulement le fait de placer ou réduire de6 personne6 en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé, mai6 aussi le fait de les maintenir dan6 cet état lorsqu'elles s'y trouveraient déjà au moment où le code entrerait en vigueur.

9) S'agissant de la persécution pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels, ce crime, qui était déjà prévu au projet de code de 1954, vise de6 violations de droits de l'homme autres que celle6 couverte6 par le6 paragraphe6 précédents, qui sont commises de façon systématique ou massive soit par des agent6 du gouvernement, soit par des groupe6 qui exercent un pouvoir de fait sur un certain territoire, et qui ont pour but d'assujettir des individu6 ou des groupe6 d'individus à une forme de vie où la jouissance de certain6 de leurs droit6 fondamentaux est niée d'une façon répétée ou permanente. La persécution peut prendre de6 formes multiples, par exemple l'interdiction de la pratique de certain6 cultes religieux; la détention prolongée et systématique d'individu6 qui représentent un groupe politique, religieux ou culturel; l'interdiction de l'emploi d'une langue nationale même en privé; la destruction systématique de monument6 ou bâtiment6 représentatifs d'un certain groupe social, religieux, Culturel, etc. De tel6 acte6 relèveront de l'article 21 s'ils sont commis de façon systématique ou massive. Quelques membre6 de la Commission estimaient qu'en l'absence d'une définition universellement acceptable de la persécution, il n'était pas souhaitable de l'inclure dans le projet de code.

10) Il a été signalé en Commission que la pratique consistant à faire systématiquement disparaître des personnes méritait elle aussi d'être nommément mentionnée dans le projet de code.

11) L'alinéa visant la déportation ou le transfert forcé de population6 a été visé séparément parce que ce crime comporte en lui-même et nécessairement un élément de massivité. La Commission a estimé qu'un crime de cette nature pouvait être commis non seulemcnt en temps de conflit armé mai6 aussi en temps

de paix, ce qui justifiait son inclusion dans le projet d'article. La déportation, qui était déjà prévue dans le projet de code de 1954, implique une expulsion du territoire national, tandis que le transfert forcé de populations pourrait se produire entièrement à l'intérieur des frontières d'un seul Etat. Il a été indiqué à la Commission que le but était ici essentiel pour la définition du crime. Les transferts de populations visés par le projet d'article étaient ceux destinés, par exemple, à modifier pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres la composition démographique d'un territoire, ou ceux qui cherchaient à déraciner un peuple de ses terres ancestrales. Un membre de la Commission a été d'avis que ce crime pouvait aussi relever du génocide.

Article 22

Crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité

1. Tout individu qui commet ou ordonne que soit commis un crime de guerre d'une exceptionnelle gravité sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . . .].

2. Aux fins du présent Code, on entend par crime de guerre d'une exceptionnelle gravité une violation d'une exceptionnelle gravité des principes et règles du droit international applicables dans les conflits armés, consistant en l'un quelconque des actes ci-après :

a) les actes inhumains, cruels ou barbares dirigés contre la vie, la dignité ou l'intégrité physique ou mentale des personnes [en particulier, l'homicide intentionnel, la torture, la mutilation, les expériences biologiques, la prise d'otages, le fait de forcer une personne protégée à servir dans les forces d'une puissance hostile, le retard injustifié dans le rapatriement de prisonniers de guerre après la fin des hostilités actives, la déportation ou le transfert de la population civile et les peines collectives] ;

b) l'implantation de colons sur un territoire occupé et la modification de la composition démographique d'un territoire occupé;

c) l'emploi d'armes illicites;

d) l'utilisation de méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ;

e) la destruction à une grande échelle de biens de caractère civil;

f) l'atteinte délibérée aux biens présentant une valeur religieuse, historique ou culturelle exceptionnelle.

Commentaire

1) Ce projet d'article représente un compromis entre une tendance au sein de la Commission qui aurait souhaité une simple définition générale des crimes de guerre non assortie d'une liste détaillée des crimes et d'une énumération des catégories de crimes, et une autre tendance qui, sans préjudice d'une définition générale, était en faveur d'inclure dans le projet d'article une liste aussi détaillée que possible de tous les crimes de guerre visés par la disposition. La Commission a donc opté pour une solution intermédiaire qui consacre, au chapeau du paragraphe 2, une définition générale des crimes de guerre visés par le projet de code, définition suivie d'une énumération limitative des catégories de crimes de guerre visés.

2) Il faut en effet souligner que les crimes de guerre visés par le projet d'article ne sont pas tous les crimes de guerre au sens traditionnel du terme, ni toutes les infractions graves visées par les articles pertinents communs à toutes les Conventions de Genève de 1949 (article 50 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; article 51 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer; article 130 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre et article 147 de la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre), ni toutes les infractions graves visées par le Protocole additionnel No 1 aux Conventions de Genève (art. 85). Fidèle au critère selon lequel le projet de code devrait viser seulement les crimes les plus graves parmi les plus graves, la Commission a donc sélectionné, en fonction du critère d'exceptionnelle gravité, les violations du droit international applicable dans les conflits armés qui devaient être incriminées par un code de ce genre. Le fait donc qu'un certain crime de guerre au sens traditionnel du droit humanitaire, ou une infraction grave au sens des Conventions de Genève ou du Protocole additionnel, ne soient pas visés par le présent projet d'article en tant que crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'affecte en rien leur incrimination en tant que crimes aux fins du droit international applicable dans les conflits armés : comme le début du chapeau du paragraphe 2 du projet d'article l'indique clairement, le concept de crime de guerre consacré par l'article n'est valable qu'aux fins du présent code.

3) Pour qu'il y ait crime de guerre au sens du projet d'article 22, il faut : a) que l'acte incriminé rentre dans l'une quelconque des six catégories prévues aux alinéas a) à f) du paragraphe 2; b) qu'il constitue une violation des principes et règles du droit international applicable dans les conflits armés; c) que cette violation soit d'une exceptionnelle gravité. C'est la conjonction de ces trois éléments qui transforme une action ou une omission en un crime de guerre aux fins du projet de code.

4) Pour ce qui est de l'expression "violation des principes et règles du droit international applicables dans les conflits armés", il s'agit d'une forme abrégée de la définition contenue à l'article 2 b) du Protocole additionnel No 1 aux Conventions de Genève. D'ailleurs, les mots "conflits armés" couvrent non seulement les conflits armés internationaux, au sens du paragraphe 4 de l'article premier du Protocole additionnel No I aux Conventions de Genève de 1949, mais aussi les conflits non internationaux visés par l'article 3 commun à ces quatre Conventions.

5) Quant aux mots "d'une exceptionnelle gravité" dans le chapeau du paragraphe 2 et aux six catégories identifiées aux alinéas a) à f) du paragraphe, ils marquent, ainsi qu'il a été signalé plus haut, la spécificité des crimes de guerre visés par le projet de code. La gravité de la violation est marquée, dans une large mesure, par la gravité des effets qu'elle produit. Les six catégories ont un caractère limitatif même s'il appartient au tribunal de déterminer ou d'apprécier que certains actes ou omissions réunissent les caractères de gravité exceptionnelle prévus par chaque catégorie. Ceci laisse aussi une certaine possibilité de développement progressif du droit international applicable dans les conflits armés. Par exemple, la catégorie relative à l'emploi d'armes illicites permet de tenir compte d'interdictions nouvelles de certaines armes, interdictions qui pourraient intervenir dans l'avenir.

6) L'alinéa a) contient des précisions concernant les actes qui y sont visés. Ces précisions se réfèrent à la nature des actes ou à la façon dont ils sont accomplis ainsi qu'aux biens juridiquement protégés par l'alinéa. Il s'agit d'actes inhumains, cruels ou barbares dirigés contre la vie, la dignité ou l'intégrité physique ou mentale des personnes. Le mot "actes" vise autant les actions que les omissions. Ainsi, par exemple, ce paragraphe couvrirait certainement la simple omission de pourvoir à des besoins d'alimentation, si

cette omission entraînait la mort de prisonniers. Le mot "personnes" doit être pris dans son sens individuel ou collectif. Ainsi, il peut s'agir d'actes inhumains, cruels ou barbares dirigés d'une façon systématique contre une personne ou contre un groupe de personnes. L'alinéa prévoit entre crochets un certain nombre d'exemples d'actes qui relèvent, sans aucun doute possible, de la définition générale qu'il énonce. Certains membres pensaient qu'il était utile de fournir dans le corps de l'alinéa quelques exemples des actes visés par l'alinéa. Il a été dit aussi qu'une telle inclusion n'était pas justifiée étant donné le caractère non limitatif et douteux des exemples donnés.

7) L'alinéa b) incrimine l'implantation de colons sur un territoire occupé et la modification de la composition démographique d'un territoire occupé. Plusieurs raisons ont poussé la Commission à inclure ces actes dans le projet d'article. L'implantation de colons sur un territoire occupé constitue un abus de pouvoir particulièrement grave, d'autant plus qu'un tel acte peut comporter une intention dissimulée d'annexer le territoire occupé. Pour ce qui est de la modification de la composition démographique d'un territoire occupé, cet acte a semblé à la Commission comme étant d'une gravité qui pouvait évoquer celle du génocide.

8) L'alinéa c) du paragraphe 2 prévoit une autre catégorie de crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité, à savoir, l'emploi d'armes illicites. Cet alinéa est fondé sur le principe que le droit des parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité. Ce principe a déjà une longue histoire : on citera la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 interdisant l'emploi en temps de guerre de projectiles explosifs ou inflammables d'un poids inférieur à 400 grammes, et les déclarations de La Haye de 1899 concernant l'interdiction des balles dum-dum, l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut des ballons, et l'emploi de projectiles répandant des gaz asphyxiants et délétères, cette dernière remplacée par le Protocole de Genève de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques 336/ et par la Convention de 1972 sur l'interdiction de

336/ Société des Nations, Recueil des Traités, vol. XCIV, p. 65.

la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction 337/; les articles 22 et 23 du règlement annexé à la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, articles interdisant, entre autres choses, l'emploi de poison et d'armes empoisonnées ainsi que l'emploi d'armes, de projectiles ou de matières propres à causer des maux superflus. D'une manière générale, on constate dans cette matière une évolution progressive qui a abouti à la Conférence des Nations Unies sur l'interdiction ou la limitation de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrinimation. A cette conférence, qui eut lieu à Genève en septembre 1979 et en septembre-octobre 1980, furent adoptés par consensus les instruments suivants : Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination; Protocole relatif aux éclats non localisables (Protocole I); Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) et Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III).

9) Le libellé de l'alinéa d) concernant l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, est pris, textuellement, de l'article 35, paragraphe 3, et de l'article 55 du Protocole additionnel No 1 aux Conventions de Genève. Pour ce qui est de la définition du concept d'environnement naturel et des biens protégés qui découlent de ce concept, il y a lieu de se référer au commentaire du projet d'article 26 portant sur s dommages délibérés et graves à l'environnement. Il faut signaler que, outre les dispositions citées du Protocole No 1, la Conventiun sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 1976, interdit

---

337/ Résolution 2826 (XXVI) de l'Assemblée générale.

l'utilisation à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles des techniques de modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables et graves, en tant que moyens de causer des destructions, des dommages ou des préjudices à une partie au conflit. Cette convention vise des techniques telles que les modifications des conditions atmosphériques (nuages, précipitations, cyclones et tornades), les modifications des conditions climatiques, des courants océaniques, de l'état de la couche d'ozone et de l'ionosphère, le déclenchement artificiel de tremblements de terre et des tsunamis et les bouleversements de l'équilibre écologique d'une région. L'alinéa parle de dommages étendus, durables et graves. Pour l'interprétation de cette expression, il y a lieu de se référer au commentaire de l'article 26 portant sur les dommages délibérés et graves à l'environnement. De plus, il faut signaler que l'alinéa inc imine non seulement les méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer les dommages cités plus haut, mais aussi ceux dont on peut attendre qu'ils causeront ces dommages. Cette dernière expression couvre les cas où la destruction de l'environnement naturel ne constitue pas le but primordial poursuivi par l'utilisateur de ces moyens ou méthodes de guerre, mais où celui-ci, conscient des conséquences catastrophiques que ces moyens ou méthodes risquent d'exercer sur l'environnement, décide néanmoins de les employer. Un membre a formellement réservé sa position sur l'alinéa d).

10) L'alinéa e) concerne "la destruction à une grande échelle de biens de caractère civil". Les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole No 1 consacrent le principe de la protection des biens civils en cas de conflit armé. Ainsi, l'article 147 de la quatrième Convention de Genève considère comme une infraction grave à la Convention "la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire". De même, l'article 85 qualifie d'infraction grave au Protocole le fait de "lancer une attaque sans discrimination atteignant la population civile ou des biens de caractère civil, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'article 57, paragraphe 2 a) iii)" du Protocole, lorsque cette attaque est commise intentionnellement, en violation des dispositions du Protocole et qu'elle entraîne la mort ou cause des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé. A ce sujet,

l'article 57, paragraphe 2 a) iii) du Protocole, impose aux parties à un conflit le devoir de "s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu". Il faut donc lire l'alinéa e) à la lumière des dispositions précitées, tenant compte du chapeau du paragraphe 2, qui incrimine "une violation d'une exceptionnelle gravité des principes et règles du droit international applicables dans les conflits armés", ainsi que de l'expression "à une grande échelle" qui vise l'étendue et l'importance de la destruction à laquelle a trait l'alinéa d).

11) L'alinéa f) vise l'atteinte délibérée aux biens présentant une valeur religieuse, historique ou culturelle exceptionnelle. Sont valables à cet égard les remarques faites au sujet de l'alinéa précédent, à savoir qu'il faut le lire à la lumière du chapeau du paragraphe 2 et des règles du droit international applicables dans les conflits armés. Il convient de citer à ce sujet l'article 53 du Protocole No 1 aux Conventions de Genève, qui interdit de commettre tout acte d'hostilité dirigé contre les momwnents historiques, les oeuvres d'art ou les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples; d'utiliser ces biens à l'appui de l'effort militaire et de faire de ces biens l'objet de représailles. La protection des biens culturels en cas de conflit armé est traité aussi dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954. De plus, le Protocole No I considère comme infraction grave le fait de diriger des attaques contre les biens visés à l'article 53, clairement reconnus comme tels et auxquels une protection spéciale a été accordée en vertu d'un arrangement particulier (par exemple, dans le cadre d'une organisation internationale compétente), provoquant ainsi leur destruction sur une grande échelle, alors qu'il n'existe aucune preuve de violation par la partie adverse de l'interdiction d'utiliser ces biens à l'appui de l'effort militaire, et que ces biens ne sont pas situés à proximité immédiate d'objectifs militaires (art. 85 4) d)). L'alinéa e) du présent projet d'article, pour sa part, met en relief deux éléments dans la définition du crime : le caractère délibéré de l'atteinte - il s'agit d'une atteinte commise dans le but concret et spécifique de causer des dommages aux biens - et la valeur exceptionnelle de ces derniers.

Article 26

Dommages délibérés et graves à l'environnement

Tout individu qui cause délibérément ou ordonne que soient causés des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel sera, une fois reconnu coupable de cet acte, condamné [à . . .].

Commentaire

1) Les préoccupations de la Commission au sujet des atteintes à l'environnement ont déjà été reflétées lors de l'adoption en première lecture du projet d'article 19 sur la responsabilité internationale. En effet, cet article, au paragraphe 3 d), considérait déjà "la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain" comme l'un des intérêts fondamentaux de la communauté internationale et il définissait comme crime international la violation d'une obligation essentielle pour la sauvegarde et la préservation de cet intérêt fondamental 338/. Lors de l'examen du projet de code, la Commission a en outre estimé que la protection de l'environnement avait une importance telle que certaines atteintes particulièrement graves à cet intérêt fondamental de l'humanité devraient aussi tomber sous le coup du code et engager la responsabilité pénale internationale de ses auteurs.

2) Le projet d'article a, comme source directe, l'article 55, paragraphe 1, du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949. Il est à remarquer cependant qu'à la différence de cette clause du Protocole, l'application du présent projet d'article n'est pas limitée aux conflits armés.

3) Le projet d'article s'applique lorsque sont réunis trois éléments. D'abord, il faut qu'il s'agisse d'une atteinte à "l'environnement naturel"; ensuite, il faut qu'il s'agisse de "dommages étendus, durables et graves"; enfin, il faut que ces dommages aient été causés "délibérément".

4) Les mots "environnement naturel" doivent se comprendre dans un sens large, comme couvrant le milieu où l'espèce humaine vit et se développe ainsi que les espaces dont la préservation a une importance fondamentale pour la protertion de ce milieu. Ces mots visent donc, notamment, les mers,

338/ Voir Annuaire . . . 1976, vol. II (deuxième partie), document A/31/10, texte de l'article 19 sur la responsabilité des Etats, adopté en première lecture.

l'atmosphère, le climat, les forêts et autres couvertures végétales, la faune, la flore et autres éléments biologiques. Il convient de rappeler dans ce contexte l'article 2 de la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 1976, lequel définit l'expression "technique de modification de l'environnement" comme toute technique ayant pour objet de modifier - grâce à une manipulation délibérée de processus naturels - la dynamique, la composition ou la structure de la terre, y compris ses biotes, sa lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou 1 'espace extra-atmosphérique".

5) L'expression "dommages étendus, durables et graves" constitue une application particulière, aux crimes contre l'environnement, du critère général de gravité adopté pour l'ensemble des crimes incorporés dans le projet de code. La gravité dans ce cas particulier est déterminée par trois facteurs qui se superposent : l'étendue ou intensité des dommages, leur persistance dans le temps et l'importance de l'aire géographique qu'ils affectent. Il a été expliqué en Commission, que les mots "long term" en anglais devaient s'entendre comme se référant à la durabilité des effets et non pas à la possibilité que ces dommages se produisent à une longue échéance. Certains membres ont relevé que le mot "durables" pouvait avoir comme conséquence de retarder les poursuites pénales, car il impliquait que la durabilité soit constatée préalablement à toute poursuite pénale. D'autres membres pensaient que le caractère durable des effets pouvait être raisonnablement apprécié dès la naissance du dommage.

6) Le dernier élément essentiel de la définition du crime est donné par l'adverbe "délibérément" qui se réfère au but exprès ou dessein spécifique de causer le dommage. Cela exclut du champ d'application du projet d'article non seulement les dommages causés par négligence, mais aussi ceux causés par la violation intentionnelle de règlements interdisant ou limitant l'usage de certaines substances ou techniques, si le but exprès ou dessein spécifique n'était pas de causer un dommage à l'environnement. Certains membres de la Commission ont trouvé fort critiquable cette solution. A leur avis, si la violation intentionnelle de certains règlements relatifs a la protection de

l'environnement, par exemple par appât du gain, conduisait à des dommages étendus, durables et graves, cela constituerait un crime contre l'humanité, que le but recherché ait été ou non de causer un dommage à l'environnement. De l'avis de ces membres, le projet d'article 26 était en contradiction avec le projet d'article 22 relatif aux crimes de guerre, qui traitait également au paragraphe 2, alinéa d), de la protection de l'environnement naturel en période de conflit armé. Cet article incriminait l'usage intentionnel non seulement des méthodes ou moyens conçus pour causer des dommages mais aussi de ceux dont on pouvait attendre qu'ils causeraient des dommages, même si le but que l'on visait en employant ces méthodes ou moyens n'était pas de causer des dommages à l'environnement.

CHAPITRE V

RESPONSABILITE INTERNATIONALE POUR LES CONSEQUENCES PREJUDICIABLES DECOULANT D'ACTIVITES QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

A. Introduction

177. C'est à sa trentième session (1978) que la Commission a inscrit à son programme de travail la question intitulée "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international", et nommé M. Robert Q. Quentin-Baxter rapporteur spécial 339/.

178. De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-sixième (1984), la Commission a reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial 340/, où celui-ci s'efforçait d'établir la base théorique de l'étude du sujet et proposait une ébauche de plan, ainsi que cinq projets d'articles. L'ébauche de plan était contenue dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la trente-quatrième session de la Commission (1982). Les cinq projets d'articles proposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la trente-sixième session de la Connnission (1984). ont été examinée par celle-ci, mais sans qu'elle prît de décision sur leur renvoi au Comité de rédaction.

179. A sa trente-sixième session (1984), la Commission était également saisie des réponses à un questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait envoyé en 1983 à 16 organisations internationales choisies à cet effet afin de déterminer, entre autres choses, dans quelle mesure les obligations que les Etats ont les uns envers les autres et dont ils s'acquittent en tant que

---

339/ A cette session, la Connnission a créé un groupe de travail chargé d'examiner, à titre préliminaire, la portée et la nature du sujet, et de lui faire rapport sur cette question. Pour le rapport du Groupe de travail, voir Annuaire ... 1978, vol. II (deuxième partie), p. 167 à 169.

340/ Pour ces cinq rapports, voir : Annuaire ... 1980, vol. II (première partie), p. 243, document A/CN.4/334 et Add.1 et 2; Annuaire ... 1981, vol. II (première partie), p. 107, document A/CN.4/346 et Add.1 et 2; Annuaire ... 1982, vol, II (première partie), p. 61, document A/CN.4/360; Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), p. 209, document A/CN.4/373; Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 161, document A/CN.4/383 et Add.1.

membres d'organisations internationales pouvaient correspondre ou suppléer à certaines des procédures envisagées dans l'ébauche de plan 341/. Elle était saisie en outre d'un document du Secrétariat intitulé "Etude de la pratique des Etats concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international" 3.W.

180. A sa trente-septième session (1985), la Commission a nommé M. Julio Barboza rapporteur spécial pour le sujet. De 1985 à 1990, elle a reçu du nouveau Rapporteur spécial six rapports 343/. A sa quarantième session (1988), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 1 à 10 proposés par le Rapporteur spécial pour les chapitres 1 (Dispositions générales) et II (Principes) 344/. En 1989, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction la version révisée des articles qu'elle lui avait déjà renvoyés à la session précédente 345/.

B. Examen du suiet à la présente session

181. A la présente session, la Commission a examiné le septième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/437 et Corr.1) de sa 2221ème à sa 2228ème séances.

341/ Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 135, document A/CN.4/378.

342/ Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), Additif, document A/CN.4/384.

343/ Pour ces six rapports, voir Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 97, document A/CN.4/394; Annuaire ... 1986, vol. II (première partie), p. 149, document A/CN.4/402; Annuaire ... 1987, vol. II (première partie), p. 47, document A/CN.4/405, document A/CN.4/413 et Corr.1 (anglais seulement) et Corr.2 (français seulement), document A/CN.4/423 et Corr.1 et 2 et document A/CN.4/428 et Corr.1 et 4 (toutes les langues), Corr.2 (anglais seulement) et Corr.3 (espagnol seulement), et Add.1.

344/ Pour le texte de ces projets d'articles, voir Annuaire ... 1988, vol. II (deuxième partie), p. 9.

345/ Voir rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session, (documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément No 10) (A/44/10), p. 224, par. 311. Le Rapporteur spécial a proposé, dans son sixième rapport, d'apporter de nouvelles modifications à certains de ces articles; voir ibid., (A/45/10), par. 471.

182. Le Rapporteur spécial avait établi son septième rapport en tenant compte du fait que cette session de la Commission marquait la fin d'un quinquennat, et qu'en raison d'autres priorités le Comité de rédaction n'avait pu examiner aucun des projets d'articles qui lui avaient été renvoyés par la Commission depuis 1988. De plus, la Commission n'avait pas encore clairement défini sa position sur certaines questions fondamentales. Il avait donc tenté de réévaluer le travail accompli par la Commission sur le sujet et de donner aux membres l'occasion de reconsidérer leurs positions et leurs opinions sur divers aspects du sujet ainsi que sur la direction que devaient prendre les travaux futurs. Le septième rapport ne visait pas à rouvrir le débat général, mais plutôt à évaluer la situation et à résumer ce qui avait été accompli. Tout en se référant aux articles proposés jusque-là par le Rapporteur spécial pour illustrer diverses possibilités et approches, le rapport ne visait pas à axer le débat sur ces articles, mais au contraire à susciter un débat sur certaines questions particulières. Le Rapporteur spécial l'a indiqué clairement lors de la présentation orale de son rapport, en invitant les membres de la Commission à aborder les questions suivantes : titre du sujet, nature de l'instrument, champ d'application des articles, principes fondamentaux, prévention des dommages transfrontières, obligation de réparer les dommages transfrontières et dommages causés aux espaces ne relevant de la juridiction d'aucun Etat (global commons). Comme le débat a été axé sur les questions sur lesquelles le Rapporteur spécial avait ainsi appelé l'attention de la Commission, le présent chapitre du rapport de la Commission s'articule lui aussi autour de ces questions, selon l'ordre dans lequel le Rapporteur spécial les a énoncées.

1. Questions générales

183. Durant le débat, un certain nombre de questions de caractère général ont été soulevées.

184. Il a été rappelé que le sujet avait été inscrit au programme de travail de la Commission en 1978, et que les progrès accomplis depuis lors ne semblaient pas correspondre au temps que la Commission lui avait consacré. Il a été reconnu que le sujet posait un certain nombre de questions politiques difficiles, auxquelles il serait indispensable d'apporter des réponses précises pour véritablement faire avancer le sujet. Pour cette raison, de nombreux membres ont estimé qu'il serait utile de réexaminer une fois de plus les questions fondamentales qui sous-tendaient le sujet et de faire clairement

comprendre leurs positions sur ces questions encore en suspens, quitte à les réévaluer à la lumière de l'évolution ultérieure du droit international de l'environnement, à la Commission et à l'extérieur. 11 a été noté que la Conférence qui devait se tenir au Brésil en 1992 offrait à la Commission une excellente occasion d'évaluer ce qui avait été fait jusqu'à présent. Quelques membres, en revanche, ne voyaient pas grand intérêt à réexaminer les travaux de la Commission sur ce sujet et à rouvrir ainsi le débat général. A leur avis, c'était là faire un pas en arrière. Ils estimaient que la Commission ferait mieux d'adopter une hypothèse de travail.

185. L'importance du sujet a été généralement reconnue, et il a de même été entendu que les travaux sur le sujet devaient être activés et se voir attribuer la priorité. Il a été noté que l'on travaillait dans d'autres instances à divers instrwnc ts sur des questions d'environnement et que la Commission risquait d'être devancée dans ses propres travaux si de nouveaux progrès n'étaient pas rapidement accomplis.

186. Certains membres pensaient qu'il était temps pour le Comité de rédaction d'examiner les dix articles que la Commission lui avait renvoyés dès 1988, d'autant que ces articles avaient trait aux principes et que leur adoption permettrait de poursuivre l'élaboration du sujet sur une base solide. Ils ont souligné que le fait que le Comité de rédaction n'avait été en mesure de s'occuper d'aucun de ces articles avait privé le Rapporteur spécial du profit qu'il aurait pu tirer des discussions du Comité, et notamment sur les notions qui sont à la base du sujet.

187. D'autres membres étaient d'un avis différent. Selon eux, la Commission devait, avant de pouvoir procéder à l'adoption des articles, se mettre d'accord sur les prémisses fondamentales ainsi que sur la direction future de ses travaux sur le sujet. Ils voyaient mal comment elle pourrait commencer à rédiger un instrument sans avoir une idée précise de son contenu et de sa structure. Dans ce contexte, plusieurs membres ont fait valoir que dans l'état actuel du droit positif, il n'existait pas de règles précises ou générales concernant la responsabilité stricto sensu, et en particulier la réparation, pour les dommages transfrontières causés par des activités à risque. Il s'agissait là, à leur avis, d'un domaine qui relevait par excellence du développement progressif.

188. Quelques membres ne partageaient pas l'idée que le sujet correspondît à une branche entièrement nouvelle du droit, qui aurait fait irruption sur la scène de façon inattendue. A leur avis, il existait déjà un certain nombre d'instruments juridiques en la matière, qui portaient pour l'essentiel sur le même type de problèmes que le sujet à l'examen. Un membre, en particulier, a indiqué qu'on pouvait trouver un large éventail de normes pertinentes, non seulement dans la jurisprudence et le droit conventionnel mais aussi dans le droit coutumier. Il a mentionné, entre autres, certaines décisions arbitrales comme celles qui avaient été rendues, respectivement, dans les affaires de la Fonderie de Trail 346/ et du Lac Lanoux 347/, ainsi que certains traités existants comme la Convention de 1958 sur la haute mer, le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, le Traité sur l'espace extra-atmosphérique, la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières, la Convention de 1982 sur le droit de la mer, et ainsi de suite, qui étaient des précédents utiles, vu qu'ils portaient aussi sur certaines questions d'environnement. De l'avis de ce membre, il appartenait surtout à la Commission de choisir des principes relatifs à l'environnement en s'inspirant du droit conventionnel en vigueur et du droit international coutumier, plutôt que d'inventer un droit nouveau.

189. On a dit aussi qu'un moyen de faciliter l'avancement des travaux sur ce sujet serait de faire la distinction entre ses différents domaines d'application. C'était seulement ainsi que la Commission pourrait espérer obtenir un soutien suffisant pour le projet d'articles, car tant que les gouvernements n'en auraient pas pleinement compris la portée, ils hésiteraient à s'engager.

190. Quelques membres ont indiqué que dans les projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial, les relations juridiques étaient conçues comme bilatérales : Etat affecté contre Etat auteur. Un membre a souligné que, eu égard tout particulièrement aux espaces ne relevant pas des juridictions nationales (global commons), cette approche, sans être en elle-même erronée,

---

346/ Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, p. 1905.

347/ Ibid., vol. XII, p. 281.

demandait à être actualisée. Dans la plupart des domaines, l'acceptabilité d'une activité potentiellement dommageable s'évaluait de nos jours en fonction de normes internationales convenues dans un cadre multilatéral. De nombreux conflits d'intérêt étaient ainsi réglés dans un cadre multilatéral, du fait de l'existence de normes applicables. On devait s'attendre à voir l'élaboration de normes internationales se développer dans les années à venir, aussi bien pour l'interdiction que pour la prévention. Il fallait prendre cette réalité en considération dans le projrt d'articles, même si l'on ne pouvait se référer qu'à des règles qui seraient établies par d'autres organes.

1.91. Certains membres ont fait observer qu'en tentant de formuler des principes de responsabilité internationale, la Commission ne devait pas seulement tenir compte des précédents et de la doctrine moderne, mais aussi envisager les événements qui pourraient se produire dans l'avenir et se fixer des objectifs clairs et réalistes quant à ce qui pourrait être accompli dans les cinq prochaines années. La Commission devait aussi dire clairement si elle voulait établir les principes qui conduisaient à l'obligation de réparer, ou si elle entendait s'en tenir à la limitation de la responsabilité. A leur avis, elle devrait viser les deux objectifs et pas seulement le dernier.

192. Un membre a évoqué de nouvelles études, dont certaines effectuées par les Nations Unies, d'où il ressortait que 80 000 composés de substances chimiques de types divers faisaient actuellement l'objet d'une production commerciale, et que 1 000 à 2 000 produits chimiques nouveaux apparaissaient chaque année sur le marché. Les effets de cette activité industrielle, tant sur la santé de L'homme que sur les questions de transport et de commercialisation, ou encore d'utilisation ou d'élimination des déchets, étaient étudiés par des organismes internationaux, et certaines conventions ou autres instruments visaient à instaurer en la matière, soit un contrôle étatique - principalement préventif - soit une coopération internationale. Des conventions et instruments juridiques divers avaient en conséquence été élaborés pour certaines de ces questions spécifiques. Mais en dehors de ces domaines particuliers, il n'existait pas de règles précises régissant les conséquences de la violation d'une norme ou les conditions de la réparation due aux victimes d'un dommage causé par une activité à risque. Quelques exemples ont éte cités de textes récents ne contenant pas de dispositions sur la responsabilité, à savoir la Convention de 1986 sur la notification rapide

d'un accident nucléaire, la Convention sur l'assistance en ca6 d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique, la Convention de Vienne de 1987 pour la protection de la couche d'ozone et le Protocole de Montréal de 1987 relatif à de6 substance6 qui appauvrissent la couche d'ozone, la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination et même le projet de Convention sur l'impact transfrontière des accidents industriels, établi en 1991 par la Commission économique pour l'Europe (document ENVWA/WG.1/R.3). Les travaux de la Commission sur ce sujet pourraient par conséquent combler cette lacune.

193. Certains membres ont évoqué la situation particulière des pays en développement. A leur avis, il fallait prendre en considération, dans l'étude du sujet, la situation effective de ces pays et rédiger les projets d'articles en conséquence. Il a été noté que le Rapporteur spécial y avait d'ailleurs bien songé, puisqu'il avait propos& les projets d'articles 3 et 7, consacrés respectivement à l'attribution et à la coopération, qui tenaient compte de cette situation. Il semblait toutefois à ces membres que celle-ci devait être envisagée de façon plus systématique, car les pays en développement étaient les principales victimes de la production industrielle moderne. Très souvent, le6 activité6 à risque et les activités causant de6 dommage6 transfrontières étaient le fait de sociétés transnationales, et beaucoup de ces pays n'avaient souvent pas le6 moyens, faute des connaissance6 techniques et des ressources financière6 voulues, de réglementer ces activités. D'où non seulement le problème de l'aide aux pays en développement mais aussi la question de la responsabilité en cas de dommage transfrontière. En tant qu'Etats affectés, le6 pays en développement se heurtaient aussi à de nombreux problème6 comme le manque de moyens de surveillance et d'évaluation de6 dommage6 et le manque de technologie et de ressource6 financières pour réduire au minimum certain6 de ce6 dommages.

194. A propos de ce6 besoins propre6 aux pays en développement, un membre a fait observer que bien de6 peuples du monde étaient contraints de songer avant tout à satisfaire leurs besoins essentiel6 ou à améliorer leur niveau de vie, et à mieux s'armer face à la croissance démographique et à la pauvreté. Si, pour obtenir 1 'assistance technique, scientifique et financière des pays le6 plus avancés, les pays en développement, n'ayant pas grand-chose à offrir en échange, devaient parfois payer de leur souveraineté nationale ou de leur liberté politique, économique ou culturelle, était-il moral et équitable

de leur appliquer le6 même6 normes de responsabilité ? Un régime ne saurait être considéré comme équitable et fondé sur le 6ens de la justice s'il méconnaissait le6 disparités de niveau de Vie entre le6 nations et restait sourd aux besoins de développement de la majorité de6 habitant6 de la planète.

195. Quelques membres craignaient que l'on ne mît trop l'accent, dans ce sujet, sur la protection de l'environnement. L'un d'eux a dit que la responsabilité de6 Etats pour des activité6 qui n'étaient pas interdites par le droit international pouvait certes être engagée en cas de dommage causé à l'environnement, et qu'il ne minimisait pas l'importance de ce problème. Il n'en était pas moins convaincu que la Commission, dans sa sagesse, devait se garder de tout effet de mode et ne pas oublier que ce6 activités pouvaient aussi causer de6 perte6 humaine6 ou économiques, dont le projet d'article6 devrait tenir compte. Il serait malencontreux que la Commission s'intéresse exclusivement au problème de l'environnement, si grave fût-il, sou6 prétexte que telle était présentement la préoccupation de certains de ses membres, et de la communauté internationale. Un autre membre a estimé que de6 règle6 visant à la protection de l'environnement prendraient nécessairement la forme d'interdictions et d'obligations positive6 en matière de prévention, et relevaient donc de la responsabilité des Etats plutôt que du sujet à l'examen.

196. Le Rapporteur spécial a considéré, lui aussi, que la Commission était parvenue, sur d'importants aspects du sujet, à un vaste consensus 6ur lequel il reviendrait plu6 tard et qui aiderait à faire avancer le6 travaux. Pour ce qui était des travaux futurs de la Commission, l'avis général semblait être que le sujet devrait avoir un rang de priorité élevé au cours du prochain quinquennat et que le Comité de rédaction devrait commencer, à la prochaine session, à travailler sur les 10 premiers articles qui lui avaient été soumis.

197. Le Rapporteur spécial a souscrit de tout coeur à l'idée de tenir compte, tout au long de l'examen du sujet, de la situation particulière des pays en développement. Enfin, lui aussi pensait qu'au cours des vingt dernières années, qui avaient vu l'essor du droit de l'environnement, des règles étaient apparues pour régir certaines activités spécifiques mai6 qu'il y en avait eu peu de caractère général. De même, on n'avait guère travaillé à mettre au point des règles générales sur la responsabilité, si ce n'est pour rappeler aux Etats l'exhortation contenue dans le Principe 22 de la Déclaration de Stockholm. Il était profondément convaincu que certains principes généraux devaient être formulés, rar 1 'ordre juridique international ne pouvait

se permettre de laisser subsister une lacune qui révélerait une telle absence de solidarité qu'elle jetterait un doute sur l'existence même de la communauté internationale.

2. Questions particulières

a) L e

198. Dans 6on rapport, le Rapporteur spécial a fait état de6 difficultés que soulevait l'intitulé du sujet en anglais, dan6 lequel il est question d'"actes non interdits par le droit international", alors que le titre français retient le terme "activités". Comme il l'avait expliqué dan6 ses rapport6 précédents, le libellé anglais lui semblait conférer à la Commission un autre mandat, plu6 limité, que l'intitulé français : alors qu'il ne permettait de s'occuper que de6 question6 de réparation ou d'indemnisation des conséquence6 préjudiciables, l'intitulé français élargissait considérablement le champ d'application. A son avis, si l'on visait des "actes", et non de6 "activités", il ne pouvait être question de prévention, parce que celle-ci se traduisait essentiellement par de6 interdiction6 et que le sujet portait sur des "actes non interdits par le droit international"; il y aurait ainsi une contradiction entre le contenu du sujet et son titre.

199. La plupart de6 membre6 ont jugé comme lui que l'on pouvait modifier cet intitulé en remplaçant dans la version anglaise "acts" par "activities", terme qui paraissait mieux rendre compte de l'évolution de la portée du sujet. Certains pensaient que la Commission pouvait recommander ce changement de titre à l'Assemblée générale, à sa quarante-sixième session, mais d'autres estimaient que l'on pouvait le remettre à plus tard, la Commission retenant d'ici là dan6 la suite de ses travaux l'hypothèse que l'intitulé anglais parlerait d'"activities" et s'alignerait donc sur la formulation française. Il a été noté que si l'on optait ainsi pour "activities", il faudrait modifier aussi d'autre6 versions linguistiques. Certain6 membre6 trouvaient ce titre dans 1 'ensemble lourd, compliqué et ambigu et pensaient qu'il faudrait le simplifier en précisant dûment le sens du terme "responsabilité". Un membre a estimé que la modification du titre était étroitement liée au contenu du sujet.

200. Peu de membres se sont déclarés d'avis que la Commission devait limiter le sujet aux "acts", car c'était l'absence de distinction entre actes et activités qui avait été au centre de la confusion sur ce qui constituait la responsabilité sine delicto. Outre que le sujet était une "excroissance" de

celui de la responsabilité de6 Etat6 - tout au long duquel c'était le terme "acts" (illicites) qui était utilisé -, il serait logique de passer du domaine de6 actes illicite6 à celui des acte6 licites. Mais parler désormais d'activités, y compris les activité6 menée6 par d'autre6 entités que l'Etat lui-même, et non plus de fait6 ou acte6 de l'Etat, serait, semblait-il, opérer un glissement de 6ens et s'écarter du mandat de la Commission.

201. Résumant le débat, le Rapporteur spécial a conclu que les membres s'accordaient à penser qu'il convenait de modifier l'intitulé anglais du sujet, en remplaçant le terme "acts" par "activities".

b) La nature de l'instrument

202. Le Rapporteur spécial a dit que la nature de l'instrument en cour6 d'élaboration était l'une des question6 6ur lesquelles la Commission n'était pas unanime. Certains membre6 ont jugé que si celle-ci ne cherchait pas à rédiger de6 règles dan6 la perspective d'une convention nécessitant l'acceptation de6 Etats, il lui serait peut-être plu6 facile d'accepter certaines hypothèses et certains projets d'articles. D'autres ont dit préférer un instrument ayant force obligatoire, une convention-cadre. Un membre a souligné que ce qu'il fallait, c'était une convention-cadre très générale, analogue au Traité sur l'espace extra-atmosphérique, aux convention6 sur les droits de l'homme ou à la Partie XII de la Convention sur le droit de la mer. Pour sa part, le Rapporteur spécial estimait que l'on pouvait remettre la décision sur ce point à un stade ultérieur et travailler dan6 l'intervalle à la rédaction d'un projet d'article6 cohérent6, raisonnables, pratique6 et politiquement acceptables.

203. Le débat sur cette question s'est articulé autour de deux axe6 : pour la majorité des membres, d'accord avec le Rapporteur spécial, la décision finale pouvait être différée jusqu'au moment où l'on aurait progressé davantage dans l'étude du sujet; certains, au contraire, souhaitaient une décision immédiate sur la nature de l'instrument. Ceux qui étaient en faveur de l'ajournement pensaient qu'il était prématuré, à ce stade peu avancé de6 travaux, de 6e prononcer définitivement.

204. Il a été dit que lorsque, plus tard, la Commission serait prête à le faire, elle devrait tenir compte du fait que depuis une dizaine d'années, certaines conventions conclues sur la base de ses propres projets d'articles n'avaient pas, pour une raison ou une autre, rencontré un accueil très favorable. Aussi, à l'avenir, la Commission devrait-elle procéder à un débat

approfondi avant de faire de6 recommandations sur la forme finale à donner à ses projet6 d'articles, surtout quand ceux-ci, comme en l'occurrence, relevaient plus du développement progressif du droit que de sa simple codification. On a fait observer à ce propos qu'elle ne devrait 6e prononcer qu'après avoir reçu les observations de6 gouvernement6 au sujet des article6 proposés sur le sujet à l'examen.

205. Peut-être, a-t-il été suggéré, la Commission devrait-elle se montrer plus modeste dan6 se6 ambitions. On pouvait imaginer de6 article6 se bornant à énoncer des principes ou de6 règles très générales, allant droit à l'essentiel. Ces aspects essentiel6 n'en devraient pas moins être exprimés sous une forme juridique, fixant des droits et des obligations.

206. Tout en convenant qu'il valait mieux différer la décision sur la nature de l'instrument, certains membres jugeaient que la Commission devait songer à une convention-cadre souple posant le6 principes généraux de la responsabilité, et précisant notamment le6 circonstances dan6 lesquelles la responsabilité entrait en jeu, le rôle de la prévention et de l'obligation de diligence, les exception6 à la responsabilité, les critères d'indemnisation ou de réparation, le rôle de l'équité, le mécanisme de règlement pacifique des différends, le rôle de6 institutions internationales et autre6 instances, et prévoyant l'établissement par les législation6 nationales de normes effective6 et d'organismes de surveillance.

207. Pour leur part, ceux qui souhaitaient au contraire une décision immédiate sur la nature de l'instrument envisagé étaient partagés : certains étaient favorables à une convention-cadre type, et donc à un seul instrument ayant force obligatoire. Ils ont invoqué la pratique actuelle de6 Etats, qui tend à réglementer diverse6 activité6 spécifiques, plus particulièrement au moyen de conventions bilatérales ou multilatérales ayant force obligatoire. Ils estimaient dan6 l'ensemble que le projet d'articles devrait avoir un caractère supplétif et rester modeste, en laissant aux convention6 bilatérales ou autres accords multilatéraux, qui pourraient évidemment s'en inspirer, le soin de mettre en place des régimes particuliers.

208. D'autres membres, tout en estimant eux aussi qu'il fallait se prononcer sans délai sur la forme définitive de l'instrument en cours d'élaboration, ont proposé une solution de rechange à la convention-cadre pour l'ensemble du projet. A leur avis, la suite des travaux dépendrait étroitement de la nature

ou du caractère de l'instrument envisagé. Si l'on songeait à un instrument contraignant, sa partie centrale au moins devrait être rédigée de manière à refléter la lex lata et à être acceptable pour la plupart des Etats. Si au contraire il s'agissait de recommandations ou d'un code de conduite, on pouvait aller bien plus loin dans le sens de règles et de principes nouveaux par rapport au droit international actuel. Au demeurant, le problème n'avait pas à être réglé de manière uniforme; les différentes parties du projet pouvaient être formulées sous une forme plus ou moins contraignante. Ainsi, la Commission pouvait envisager de rédiger deux instruments distincts, l'un portant sur la responsabilité, l'autre sur la prévention : le premier serait de caractère obligatoire, le second prendrait la forme de recosnnandations.

209. Un membre a exprimé des réserves au sujet de la solution convention-cadre. A son avis, on risquait d'aboutir à une mosaïque de règles qui serait tout le contraire d'une codification. Ce qu'il fallait, selon lui, c'était une convention générale qui constituerait le critère permettant d'évaluer droits et devoirs avec certitude.

210. A l'inverse, un membre, d'accord lui aussi sur le principe d'une décision immédiate et sur la rédaction de deux instruments distincts, préférait une règle souple pour la responsabilité et des règles contraignantes pour les obligations de prévention. A son avis, il serait bon que la Commission propose des clauses types visant divers aspects du sujet, y compris la responsabilité, que les Etats pourraient insérer dans des traités ou dans leur législation interne. Selon lui, le problème se posait tout différemment pour l'obligation de vigilance, prolongée ou non par le mécanisme de prévention envisagé par le Rapporteur spécial. Sur ce point, il serait raisonnable d'aller de l'avant et de rédiger un véritable projet d'articles selon les formes habituelles, susceptible d'être érigé en convention.

211. Quelques membres ont souligné qu'il était impossible d'établir une distinction formelle entre soft law et hard law. Un membre a de même rejeté la terminologie, précédemment suggérée, qui visait à distinguer les règles primaires des règles secondaires.

212. Résumant le débat sur ce point, le Rapporteur spécial a constaté que la majorité des membres souhaitait reporter la décision sur la nature de l'instrument, même si quelques-uns auraient préféré que la question fût

tranchée immédiatement. Il fallait en conclure que ce que la Commission recommanderait à l'Assemblée générale de faire des articles qui lui seraient présentés serait décidé en fin de parcours, comme cela se faisait d'ordinaire.

c) Le champ d'application

213. A propos de l'étendue du sujet, le Rapporteur spécial a rappelé la proposition qu'il avait faite aux sessions antérieures : le sujet devait englober, outre les activités causant un dommage transfrontière, celles qui comportaient le risque de causer un tel dommage. Par activités à risque, il entendait celles qui présentaient un risque supérieur à la normale de causer accidentellement un dommage transfrontière, et par activités ayant des effets nocifs, celles qui causaient un dommage transfrontière dans le cadre d'une exploitation normale.

214. Quant à savoir si ces deux types d'activités devaient être traités séparément ou ensemble, le Rapporteur spécial estimait qu'elles devaient l'être ensemble, étant entendu que si la méthode apparaissait inadéquate à la fin des travaux, il serait toujours possible d'opter pour le traitement distinct. Il a rappelé la conception initiale du sujet telle qu'elle se dégageait de l'ébauche de plan, laquelle traitait, entre autres choses, de la coopération, de la non-discrimination, de la prévention et de la réparation, toutes mesures qui concernaient les deux types d'activités. Il lui semblait que, dans le cas des mesures préventives unilatérales, notamment législatives et administratives, les deux types d'activités imposaient aux Etats des devoirs identiques. Quant aux mesures d'ordre procédural, elles pouvaient s'appliquer indépendamment de la nature de l'activité considérée. Elles comprenaient l'évaluation des effets transfrontières, puis des consultations si cette évaluation indiquait la possibilité d'un effet transfrontière. Le Rapporteur spécial a jugé que les opinions étaient partagées à la CDI et à la Sixième Commission, mais que la majorité penchait pour l'inclusion des deux types d'activités. A son avis, la Commission devait poursuivre ses réflexions sur ce point à la session en cours.

215. De nombreux membres approuvaient l'inclusion des activités présentant un risque de dommage transfrontière aussi bien que des activités causant effectivement un tel dommage. A leur avis, les deux catégories n'étaient pas mutuellement exclusives. Au contraire, les obligations de prévention concernaient les activités à risque, et les obligations de réparation, les activités ayant des effets nocifs. On a également fait remarquer que

les notions de "risque" et de "dommage" étaient suffisamment souples pour couvrir tout régime de rdparation des dommages transfrontières. A mesure que les travaux avanceraient, la Commission devrait se demander si les deux catégories d'activités étaient assez proches pour être regroupées sous un régime juridique unique, ou si leurs différences justifiaient des régimes distincts. Selon cette thèse, il y avait des règles communes aux deux catégories d'activités, ce qui n'excluait pas l'existence de quelques règles propres à l'une ou à l'autre. En d'autres termes, il devrait y avoir un régime de base commun, mais il faudrait vraisemblablement tenir compt par la suite des particularités éventuelles des activités à risque ou des activités ayant des effets nocifs.

216. Certains autres membres pensaient en revanche que le futur instrument devait traiter essentiellement de la réparation. A leur avis, presque toutes les activités humaines présentaient une part de risque, ce qui signifiait qu'il faudrait, pour le sujet à l'examen, fixer un certain seuil de risque. De plus, la notion de risque pouvait être source de confusion dans le contexte de la réparation, car on pourrait y voir, à tort, le fondement de l'obligation de réparer ou d'indemniser. On a également fait remarquer que l'introduction de la notion de risque, et de l'obligation correspondante de prévention, pouvait empiéter sur le domaine de la responsabilité des Etats et donner au sujet des proportions telles qu'il serait impossible à traiter. Selon ces membres, le sujet était fondé sur un principe essentiel d'équité : il ne fallait pas laisser la victime innocente supporter seule la perte subie.

217. Exprimant un point de vue général analogue, un membre a rappelé que l'ancien Rapporteur spécial avait expliqué, en présentant la notion de prévention dans son troisième rapport 348/, que, pour la mise en place d'un régime de prévention, toute perte ou tout préjudice étaient virtuels, et que pour celle d'un régime de réparation, toute perte ou tout préjudice étaient actuels. Deux propositions ont été faites à cet égard, portant respectivement sur le dommage éventuel ou risque et sur le dommage effectif. Selon la première, lorsque les activités entreprises sous la juridiction ou l'autorité d'un Etat semblent présenter un risque important de causer un dommage transfrontière physique non négligeable, l'Etat considéré serait tenu :

348/ Voir Annuaire ... 1942, vol. II (première partie), document A/CN.4/360.

1) d'évaluer le risque et le dommage; 2) de prendre toutes les mesures possibles pour éliminer ou réduire au minimum ce risque et réduire l'étendue du donnnage prévisible; 3) d'informer les Etats menacés et d'entrer au besoin en consultation avec eux pour établir une coopération tendant à l'adoption de nouvelles mesures allant dans le même sens. Selon la proposition concernant le dommage effectif, les règles suivantes s'appliqueraient : 1) si un dommage physique important est causé à des personnes ou des biens qui relèvent de la juridiction ou de l'autorité d'un Etat à la suite d'activités menées sous la juridiction ou l'autorité d'un autre Etat, le premier Etat est en droit d'obtenir du second une indemnisation pour le dommage subi, à moins qu'il n'ait été indenmisé en vertu des règles de responsabilité civile prévues dans la législation interne des Etats intéressés; 2) le dommage doit en principe faire l'objet d'une indemnisation intégrale, mais le montant de l'indemnité doit être convenu entre les Etats intéressés, ceux-ci ayant recours à l'intervention d'une tierce partie s'ils ne parviennent pas à s'entendre dans un délai raisonnable; 3) le montant de l'indemnité peut être réduit en fonction des éléments et des circonstances de la situation considérée, y compris la situation économique et financière relative des Etats en cause.

218. Quelques membres estimaient qu'il y aurait avantage à faire la distinction entre les deux catégories - activités à risque et activités à effets nocifs - si l'on voulait donner aux dispositions sur la prévention la forme d'obligations contraignantes. Toutefois, il convenait de déterminer la nature du risque dans la perspective du sujet, en particulier pour les articles relatifs à la prévention. On pourrait, par exemple, utiliser des épithètes comme "exceptionnel", "grave", "important" ou "sérieux" pour qualifier le risque. C'était. là le problème du seuil, qui se posait tant pour le risque que pour le dommage. Sans nier le lien entre le donnnage causé par une activité licite et la responsabilité, un membre a fait observer que si l'on retenait uniquement le dommage comme fait générateur de la responsabilité, on risquait de s'aventurer sur le domaine de la responsabilité des Etats puisque le dommage pourrait être le résultat d'actes licites et d'actes illicites.

219. Un membre était d'avis qu'en établissant ainsi deux catégories d'activites, on laisserait de côté certaines activités - comme la construction de grands ouvrages, d'aéroports ou d'autoroutes, ou l'utilisation de combustible fossile - qui pouvaient avoir des conséquences défavorables pour

les Etats voisins. Or, il s'agissait là d'activités que l'on retrouvait dans toutes les sociétés humaines et qui appelaient des rhgles particulières. De l'avis de ce membre, ces situations, caractéristiques de la société contemporaine, différaient de celle qu'illustrait l'affaire de la Fonderie de Trail, dans laquelle un dommage précis et aisément identifiable avait été causé aux Etats-Unis par une fonderie située en Colombie britannique. Dans cette affaire, tout était centré sur la source des gaz nocifs, mais le problème général de la pollution atmosphérique, par exemple, ne pouvait se régler que par la fixation de limites quantitatives globales, ainsi que les Etats avaient déjà entrepris de l-, faire en s'engageant à réduire de pourcentages convenus les quantités de gaz détruisant la couche d'ozone par exemple.

220. Nombreux sont les membres qui ont abordé la question de la rédaction d'une liste d'activités ou de substances dangereuses et qui étaient apparemment d'accord pour penser que remplacer la définition générale par une liste de ce genre reviendrait à restreindre de façon à la fois inutile et injustifiable la portée du sujet. Une liste de substances dangtreuses poserait d'ailleurs des problèmes particuliers, Ainsi, le fait qu'une substance y figurerait ne signifierait peut-être pas que n'importe quelle activité liée à cette substance dût nécessairement créer un risque de dommage transfrontière, alors qu'une activité sans rapport avec cette même substance pourrait en fait comporter un tel risque. Quelques membres ont cependant jugé que l'on pourrait établir une liste de substances dangereuses aux fins des mesures de prévention et lui donner une valeur indicative.

221. Résumant cette partie du débat, le Rapporteur spécial a indiqué que la majorité de la Commission lui paraissait être en faveur d'incorporer les activités à risque (surtout en liaison avec la prévention) et les activités ayant des effets nocifs (en liaison avec l'indemnisation et la réparation). Il a également conclu que la plupart des membres étaient contre L'établissement d'une liste d'activités ou de substances dangereuses.

d) Les principes

222. Le Rapporteur spécial a noté qu'il semblait y avoir un fort courant d'opinion, au sein de la Commission comme de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, en faveur des principes retenus comme applicables en

la matière, tels qu'ils étaient formulés aux articles 6 à 10 349/, à savoir la liberté d'action et ses limites, la coopération, la prévention, la réparation et la non-discrimination. Celui de la liberté d'action et ses limites, par exemple, qui faisait l'objet de l'article 6 350/ et qui s'inspirait du principe 21 de la Déclaration de Stockholm, avait recueilli un large consensus. Il en allait de mêmedu principe de la coopération internationale, objet de l'article 7. Quant à celui de la non-discrimination, indispensable au bon fonctionnement d'un régime de responsabilité civile, il n'avait suscité que de très rares objections. Les deux principes qui, à son avis, avaient donné lieu à passablement de discussions étaient la prévention et la réparation, objets respectivement des articles 8 et 9. Il constatait que la Commission dans son ensemble était favorable à ces principes tant qu'ils étaient définis en termes très généraux, les divergences de vues commençant à apparaître lorsqu'on entrait dans le détail de leur contenu. Le principe de la prévention, a-t-il expliqué, supposait deux types de mesures, les unes à prendre avant la survenance d'un quelconque dommage transfrontière, les autres destinées à atténuer le dommage une fois qu'il s'était produit. Ce principe comportait aussi deux types d'obligations, les obligations de procédure, qui consistaient essentiellement à évaluer les effets transfrontières des activités visées, à informer l'Etat présumé affecté et à procéder à des consultations, et les obligations unilatérales, plus fondamentales. Ces dernières consistaient en l'adoption par les Etats des dispositions législatives, réglementaires et administratives requises pour a) garantir que toutes les mesures seraient prises par les exploitants pour prévenir les dommages, b) réduire le risque de dommages au minimum ou c) en limiter les effets nocifs qui se produiraient sur le territoire de l'Etat affecté.

223. Au sujet du principe de la réparation, le Rapporteur spécial a relevé que des trois options, à savoir, responsabilité civile, responsabilité de l'Etat ou une combinaison des deux, c'était la dernière qui paraissait avoir recueilli le plus large appui. Suivant cette formule, la réparation serait

---

349/ Voir le document A/CN.4/437, par. 17 à 24.

350/ Voir la version révisée de l'article 6 renvoyée au Comité de rédaction en 1989. Supra, note 345, document A/44/10, p. 226.

à la charge de l'exploitant conformément au principe de la responsabilité civile, l'Etat assumant une responsabilité subsidiaire, ce qui était dans la ligne d'un certain nombre de conventions existantes qui régissaient des activités spécifiques. Bien entendu, a dit le Rapporteur spécial, la Commission pouvait envisager d'étendre la responsabilité de l'Etat aux cas où la victime serait dans l'impossibilité d'obtenir réparation du fait que la partie privée responsable, soit n'aurait pas été en mesure d'indemniser l'intégralité du dommage, soit ne pourrait pas être identifiée. En pareil cas, la question pourrait se régler par voie de négociations entre l'Etat d'origine et l'Etat présumé affecté.

224. Le débat à la Commission s'est concentré sur la prévention et la réparation. Les délibérations sur ces principes sont réaumées plus loin sous deux rubriques distinctes, et les observations faites au sujet des autres principes le sont ci-dessous.

225. On a noté que, pour le domaine considéré, il était particulièrement indiqué de prévoir une disposition sur la liberté d'action des Etats et ses limites, telle qu'elle figurait dans le projet d'article 6, inspiré du Principe 21 de la Déclaration de Stockholm et qui reconnaissait le droit souverain d'un Etat de mener sur son territoire des activités licites au regard du droit international, mais soulignait en même temps qu'il incombait à cet Etat de veiller à ce que lesdites activités ne fussent pas la cause de dommages transfrontières à d'autres Etats. On a fait observer que, de manière générale, les principes visés dans les articles étaient tous applicables au domaine considéré, mais qu'outre ces principes, il fallait noter que la conception initiale du sujet, exposée dans l'ébauche de plan, reposait sur le principe sic utere tuo ut alienum non laedas, le premier à avoir recueilli l'approbation générale de la Commission et qui était au coeur même du sujet. Ce principe était complété par un autre, à savoir qu'il ne fallait pas laisser la victime innocente supporter seule la perte subie, ainsi que par le critère de l'équilibre des intérêts entre les Etats concernés. Aussi, l'absence de dispositions précises interdisant que la victime innocente supporte seule la perte subie a-t-elle été considérée comme une lacune importante qu'il fallait combler, peut-être en faisant figurer ce principe à l'article 9, relatif à la réparation, ou à l'article 6, relatif à la liberté d'action, dans les Limites qui y étaient précisées.

226. De l'avis d'un membre, les principes posés aux articles 6 à 9 découlaient du droit international général et il n'y avait donc pas d'inconvénient à les reprendre dans le projet. Enfin, on a souligné que la Commission, à l'issue de longs débats, était parvenue à un accord sur certains pointa importants, à savoir : a) le principe sic utere tuo ut alienum non laedas; b) le fait que le thème central était le dommage transfrontière, qu'il fût effectif ou potentiel; c) la pertinence du Principe 21 de la Déclaration de Stockholm; d) l'idée que l'on ne devait pas laisser la victime innocente supporter seule le préjudice et e) le rôle important du critère de l'équilibre des intérêts en la matière. Ces domaines d'accord formaient avec d'autres une base appropriée pour la poursuite des travaux sur le sujet.

i) La prévention

227. Au cours du débat sur la prévention, une distinction a été faite entre les mesures de caractère procédural des articles 11, 13 et 14 (évaluation, notification et information, initiative de l'Etat présumé affecté et consultations), d'une part, et les mesures unilatérales de prévention, d'autre part. On a rappelé que la prévention avait toujours été l'un des objectifs des travaux sur le sujet, mais dans cette perspective générale, la Commission ne s'était jamais déclarée en faveur d'accepter, comme but essentiel du projet d'articles, l'établissement de régimes juridiques qui règlent l'exercice de toute activité perçue comme comportant des dangers importants, actuels ou éventuels, et ayant des effets transfrontières.

228. Au sujet des dispositions de procédure, il a été noté que celles des projeta d'articles 11, 13 et 14 étaient trop étendues et recouvraient toutes sortes d'activités. Elles entravaient de façon excessive l'exercice par les Etats de leur droit de mener des activités licites à l'intérieur de leur propre territoire. L'absence de rapport entre ces obligations de procédure et l'indemnisation une fois le dommage survenu était aux yeux de certains membres une raison de plus de douter de l'utilité de ce genre de procédure détaillée. Selon ces dispositions, le non-respect des obligations de procédure ne pouvait pas, en l'absence de tout dommage transfrontière, donner lieu à réclamation. En revanche, dans l'hypothèse d'un dommage effectif, l'Etat d'origine serait tenu de le réparer, même s'il s'était strictement conformé aux dispositions de procédure.

229. Les membre6 qui étaient favorable6 à un instrument non obligatoire distinct pour la prévention ont estimé que la plupart des dispositions des articles 11 à 20 proposés par le Rapporteur spécial pourraient y figurer sous forme de principe6 directeurs ou d'un code de conduite. Cette solution présenterait deux avantages. Le premier était que l'on éviterait la notion controversée d'"activité à risque". Le second était que l'on mettrait ainsi en relief les mesures à prendre en cas d'activités à haut risque. A cet égard, mention a été faite de convention6 telles que la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone ou la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire, qui définissaient des règles et procédure6 de prévention en mettant l'accent sur les type6 d'activité6 qui appelaient des mesures préventive6 et sur les règles et procédures nécessaires pour prévenir les dommages éventuels.

230. Dans l'ensemble, les membres de la Commission étaient donc d'accord pour considérer que même si des obligations de procédure étaient formulées, elles devraient être soit annexées au futur instrument comme protocole facultatif, soit laissées sous forme de simple recommandation. Aux yeux de quelques-uns, toutefois, le devoir de notification et de consultation n'avait pas un caractère purement procédural.

231. Un petit nombre de membres, en revanche, pensaient qu'il était utile de prévoir des mesure6 de procédure simplifiées, comme l'évaluation de l'impact transfrontière des activités, la notification et les consultations, parce qu'elles visaient des activités qui n'étaient pas interdite6 par le droit international et que les Etats étaient donc libres d'agir sans ingérence extérieure. Mais les Etats potentiellement menacés ignoraient tout du risque ou des effets nocifs tant qu'un dommage effectif ne s'était pas produit, sauf si les Etats acceptaient un devoir de notification et de consultation. Ces Etats n'avaient donc aucune possibilité de s'y préparer, ils ne pouvaient agir qu'au moment où le dommage était effectivement en train de se produire, en d'autres termes lorsqu'il était déjà trop tard. Il fallait donc de6 procédure6 permettant à l'Etat intéressé d'être averti des risque6 potentiels qu'il courait. Et cependant, implicitement, aucune procédure de notification ou de consultation n'empêcherait les Etats de mener leurs activités. Dans cette perspective, il était hors de doute que l'établissement de telles procédures était souhaitable. Il s'agissait de trouver le moyen de concilier

le droit de l'Etat de mener des activités non interdite6 par le droit international avec l'obligation qu'il avait de protéger les Etats exposés au risque - compromis qui exigerait de la part de la Commission autant d'imagination que de réalisme.

232. Au sujet de6 mesures unilatérales de prévention, quelques membres étaient favorable6 à une obligation de diligence rigoureuse, en vertu de laquelle l'Etat sur le territoire duquel était menée une activité comportant le risque d'un dommage transfrontière serait tenu de prendre toutes les précautions nécessaires pour prévenir ce dommage et serait sanctionné pour sa négligence conformément au droit international général. Suivant cette démarche, les Etat6 étaient laissés libres de prendre les mesures préventives de leur choix sur leur propre territoire, car elle était axée sur le résultat, et non sur le procédé ni la procédure.

233. Pour ce qui était de recommander aux Etats les types de mesures unilatérales à prendre sur le plan législatif et administratif, quelques membres ont relevé que ce serait utile si l'objectif était d'harmoniser ou de rendre plus rigoureuses les normes de prévention existantes. En ce cas, il y aurait dew questions à régler : la détermination du seuil au-delà duquel l'Etat affecté pourrait exiger l'interdiction d'une activité et le mécanisme de règlement des différends entre Etat d'origine et Etat affecté au sujet de ce seuil.

234. Selon un membre, les mesures prises après la survenance d'un dommage transfrontière, et pour l'atténuer, ne devaient pas être considérée6 à proprement parler comme des mesures préventives. Les mesures préventives étaient à son sens celles qui étaient prises avant la survenance du dommage, et pour l'éviter. Un autre membre considérait que si l'obligation de diligence devait être trop contraignante, il faudrait instituer un système de règlement obligatoire des différends. Un tel système faisait à ses yeux partie intégrante de tout régime conventionnel.

235. Résumant le débat, le Rapporteur spécial en a conclu que pour un très grand nombre de membres, les obligations de procédure formulées dans le projet d'article6 devaient avoir valeur seulement de recommandations, ce qui rendait d'autant plus préférable la conclusion de deux instruments distincts de nature juridique différente. Le sentiment général était que ces obligations de procédure - qu'elles soient obligatoires ou non - pourraient être encore simplifiées et qu'en tout état de cause, le consentement préalable de l'Etat

qui risquait d'être affecté n'aurait pas à être obtenu pour qu'une activité soit autorisée. Quant aux mesures générales de prévention, certains membres pensaient qu'elles devraient être obligatoires.

ii) L'indemnisation

236. Il a été rappelé que l'idée de réparation avait été la considération dominante dans la genèse du sujet. Selon le premier Rapporteur spécial, le but essentiel d'un projet d'articles était de favoriser l'établissement de régimes juridiques qui, sans recourir à l'interdiction, règlent l'exercice de toute activité perçue comme comportant des dangers importants, actuels ou éventuels, et ayant des effets transnationaux; le souci de faciliter, grâce au projet d'articles, la détermination des responsabilités dans les cas de dommages auxquels aucun régime particulier n'était applicable venait au second plan, tout en demeurant une considération importante 351/. Trois questions essentielles ont été soulevées en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation : i) la relation entre la responsabilité de l'Etat et la responsabilité civile; ii) la détermination du dommage à indemniser; et iii) le montant de l'indemnité.

237. En ce qui concerne la première question, c'est-à-dire la relation entre la responsabilité de l'Etat et la responsabilité civile, divers avis ont été exprimés sur le point de savoir comment la responsabilité pouvait être répartie entre l'exploitant privé et l'Etat. C'est l'idée d'un système de responsabilité partagée qui a recueilli le plus large appui.

238. De nombreux membres ont fait observer que la solution de la responsabilité unique, soit de l'Etat soit de l'exploitant, était difficile à accepter et pourrait dans certains cas aboutir à ce qu'il n'y ait aucune réparation. L'article 3 du projet signifiait qu'un Etat n'était pas responsable d'une activité privée dont il pouvait, de bonne foi, ignorer le risque ou les effets nocifs. Par exemple, de nombreux Etats, y compris les plus développés, ont longtemps ignoré la destination finale de certains de leurs déchets. Dans des cas de ce genre, les victimes, ne pouvant demander réparation à l'Etat d'origine, ne pouvaient pas non plus obtenir d'indemnité.

351/ Rapport préliminaire du premier Rapporteur Spécial, le professeur Quentin-Baxter, Annuaire ... 1980, vol. II (première partie), p. 246, par. 9.

La solution de la responsabilité civile des exploitants et de la responsabilité subsidiaire de l'Etat revêtait plus d'importance que jamais, étant donné qu'au niveau mondial les Etats avaient tendance à se retirer des activités commerciales, encourageant par là l'entreprise privée.

239. Une proposition tendant à ce que les Etats acceptent d'assumer une responsabilité financière vis-à-vis des non-ressortissants pour tous les actes accomplis par des entités privées ou de simples particuliers relevant de leur juridiction a été considérée par certains autres membres comme irréaliste : la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, en vertu de laquelle les Etats avaient une responsabilité absolue, avait été rédigée en partant de l'hypothèse que toutes les activités spatiales futures seraient menées par des Etats ou sous leur autorité; cette hypothèse ne valait pas pour le sujet à l'étude. La responsabilité absolue des Etats ne pouvait donc être étendue à des activités qui étaient essentiellement privées. La solution qui. prévoyait la responsabilité unique de l'exploitant avait elle aussi des inconvénients : certains dommages pouvaient être si considérables que l'exploitant serait insolvable et que la victime se trouverait sans réparation adéquate, voire sans réparation aucune.

240. De nombreux membres de la Commission ont estimé que la solution équitable était une responsabilité mixte ou conjointe, mais il restait à déterminer qui, de l'Etat ou de l'exploitant, endosserait la responsabilité primaire. Pour cela, il conviendrait de tenir compte d'un certain nombre de facteurs; il fallait notamment savoir si un Etat avait ou non pris toutes les précautions raisonnables pour éviter un dommage transfrontière, si l'exploitant privé était solvable, si l'exploitant privé pouvait être identifié; il fallait tenir compte aussi de la situation particulière des pays en développement, etc.

241. De nombreux membres ont reconnu que le principe selon lequel il ne fallait pas laisser la victime innocente supporter seule le coût du dommage et la maxime sic utere tuo ut alienum non laedas constituaient les bases sur lesquelles on pouvait se fonder pour exiger que des indemnités soient versées quand des activités, même licites, causaient un dommage transfrontière. Il a également été dit que le fondement de la responsabilité devait être non pas le risque, mais le dommage.

242. Certains membres qui étaient partisans d'attribuer l'obligation primaire de réparation aux exploitants privés ont fait observer que toutes les conventions pertinentes, à l'exception de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, semblaient attribuer la responsabilité à l'exploitant. Ces conventions définissaient clairement l'obligation des Etats de : a) prendre les mesures nécessaires pour prévenir le dommage transfrontière et pour y réagir; b) veiller à ce que les activités menées sous leur juridiction ou sous leur contrôle le soient conformément à certaines dispositions; et c) faire en sorte qu'il existe, dans le cadre de leur système juridique, des recours ptrmettant d'obtenir une indemnisation ou une réparation pour le dommage transfrontière causé par des activités menées sous leur juridiction ou sous leur contrôle. Telle était également l'approche adoptée dans les articles 139 et 235 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Plusieurs membres ont fait observer que la plupart des conventions sur la responsabilité des exploitants privés avaient été rédigées en vue de limiter cette responsabilité, même si elles étaient nettement fondées sur le principe de l'obligation pour les exploitants, ou pour les Etats, de verser une indemnisation en cas de dommages appréciables.

243. De l'avis de certains membres, l'exploitant devait supporter la responsabilité lorsque l'Etat n'avait pas manqué à son obligation. Selon ces membres, l'Etat devait alors supporter une responsabilité subsidiaire, en particulier lorsque l'exploitant était partiellement ou totalement insolvable. IL a été dit que, même pour attribuer une responsabilité subsidiaire à un Etat, il fallait se fonder sur une base théorique qui semblait absente de L'approche actuelle du sujet. La question demeurait ouverte de savoir pourquoi l'Etat était responsable s'il avait adopté les lois et règlements et pris les mesures ndministratives raisonnablement nécessaires pour assurer le respect des normes par les personnes placées sous sa juridiction. C'était là que la notion de risque entrait en jeu. Premièrement, cette notion donnait un fondement à des obligations de prévention bien définies. Deuxièmement, elle fournissait les motifs permettant, lorsqu'il y avait eu dommage, d'engager la responsabilité subsidiaire de l'Etat si l'exploitant était incapable de s'acquitter de son obligation de réparer. Quant au cas où l'exploitant fautif ne pouvait être identifié, il s'agissait de savoir pourquoi l'Etat devait être responsable des dommages lorsque l'effet préjudiciable avait son origine dans

l'ensemble d'une région ou était le résultat d'activités qui sont normales dans les sociétés industrialisées - par exemple l'épuisement de la couche d'ozone. Selon cette opinion, il n'était pas certain que de tels cas puissent être utilement envisagés sur la base de la seule théorie de la réparation.

244. Il a également été noté qu'outre que les régimes conventionnels existants ne prévoyaient aucun régime généralement reconnu de responsabilité subsidiaire ou objective de l'Etat, les lois nationales de nombreux Etats ne reconnaissaient pas non plus une telle responsabilité de l'Etat, même dans les cas où le droit civil ne permettait pas d'obtenir réparation de l'exploitant. Le principe de la Fonderie de Trail ne s'appliquait peut-être pas dans tous les cas et quelles que soient les circonstances concrètes du dommage transfrontière. L'article 139, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et l'article 4 de son annexe III étaient à cet égard révélateurs de la réserve dont faisaient preuve les Etats lorsqu'il s'agissait d'assumer une responsabilité pour des activités menées par des exploitants, même si ces activités étaient "patronnées" par eux. En d'autres termes, les Etats avaient quelque hésitation à admettre que les règles existantes du droit international reconnussent l'application automatique du principe de la responsabilité objective de l'Etat, même si cette responsabilité ne devait être que supplétive. Il fallait donc se contenter d'énoncer le principe de la réparation en termes généraux, sans s'aventurer sur le terrain de la responsabilité causale en droit civil ou de la responsabilité supplétive de l'Etat. Il serait préférable que ces notions soient traitées dans des instruments applicables à des domaines bien définis, tels que les dommages nucléaires ou la pollution de l'environnement par des suites d'hydrocarbures, etc. Certains membres ont estimé que, compte tenu de la situation particulière dis pays en développement, le mieux était d'attribuer la responsabilité primaire à l'exploitant. Il n'y avait pas de raison pour que les exploitants privés ne soient pas responsables au premier chef, surtout quand il s'agissait de sociétés multinationales dont le budget était le multiple de celui de beaucoup de pays en développement.

245. Il a été dit aussi que la question de l'obligation de réparer n'était pas encore mûre pour la codification, du moins sous forme de convention. S'il fallait vraiment aller jusqu'à la réparation, il faudrait ne retenir que le principe de la responsabilité de l'exploitant, la responsabilité de l'Etat

étant subsidiaire. Il serait donc préférable de rédiger des clauses types traitant de la responsabilité civile et d'encourager les Etats à les insérer dans leur droit interne.

246. Certains membres ont estimé qu'il était inutile d'entrer dans le détail des règles de la responsabilité civile. Ces règles étaient traitées différemment dans les différents systèmes juridiques nationaux et, de ce fait, il était très difficile d'introduire un régime de responsabilité civile dans le droit international. Ces membres ont estimé qu'il était peut-être même peu souhaitable d'insister sur l'harmonisation des droits nationaux à cet égard, et qu'il vaudrait mieux laisser les Etats adopter les dispositions qu'ils jugeraient appropriées pour rendre l'exploitant responsable du dommage transf rontière.

247. Il a également été suggéré de ne traiter dans les articles que des aspects essentiels de la responsabilité civile et de prévoir, par exemple, qu'une fois une indemnisation obtenue de l'opérateur par une action en responsabilité civile, il ne devrait pas être possible d'actionner un Etat; ou qu'il ne devrait pas y avoir de clause de non-discrimination concernant les recours et l'accès aux tribunaux d'un Etat.

248. Certains autres membres ont fait observer qu'en définissant les relations entre la responsabilité civile et la responsabilité des Etats, il fallait tenir compte d'un principe bien établi du droit international de la protection diplomatique. Ce principe s'accompagnait d'un autre, à savoir que les requérant6 devaient avoir épuisé les recours internes avant de demander la protection diplomatique. Ces deux principes semblaient étayer la thèse d'une responsabilité primaire des exploitants privés, avec dans certaines circonstances, quand il se révélait impossible d'obtenir réparation par les voies internes, une responsabilité subsidiaire ou supplétive des Etats.

249. La répartition de la responsabilité entre Etat et exploitant a suscité certaines autres questions. On a fait observer par exemple, que certaines activités ayant des séquelles transfrontières étaient menées directement par les Etats eux-mêmes; les Etats étaient les exploitants. La Commission devrait décider si, dans ce cas, il convenait d'appliquer directement la responsabilité de l'Etat, ou s'il fallait continuer d'exiger que le requérant ait épuisé les recours que prévoyait le droit interne de l'Etat concerné en matière de responsabilité civile. En pareil cas, comme dans le cas où

l'exploitant était une société privée, le montant des dommages-intérêts risquait d'être très élevé. Pour assurer l'indemnisation, on pourrait peut-être créer un fonds intergouvernemental.

250. En ce qui concerne la deuxième question, à savoir quel dommage devait être indemnisé, on fait observer qu'il fallait décider s'il fallait indemniser les victimes de tout dommage appréciable ou important, ou seulement d'un dommage appréciable ou important résultant d'une activité dont on savait qu'elle comportait un risque. Plusieurs membres ont estimé que la deuxième solution était trop restrictive. Certains ont dit que les Etats n'étaient pas prêts à accepter la première solution, qui relevait du domaine du développement progressif du droit international. Mais d'autres ont estimé que la Commission pouvait fort bien adopter une approche progressiste. Qui plus est, une approche préconisant l'indemnisation pour tout dommage appréciable ou important cadrerait mieux avec l'idée que la responsabilité devait être fondée sur le dommage et qu'il ne fallait pas donner une liste des activités ou des substances dangereuses.

251. En ce qui concerne la troisième question, à savoir le montant des indemnités, il a été rappelé que le Rapporteur spécial avait proposé que la question soit réglée par voie de négociations entre les Etats. Il a été déclaré que la Commission devrait fixer les paramètres dans le cadre desquels ces négociations pourraient se dérouler. Les négociations devraient en outre être régies par le principe selon lequel il faut maintenir au mieux l'équilibre entre la nécessité de négociations permanentes entre les Etats et le respect du contenu normatif du droit international. Par exemple, la question de la prévisibilité du risque pouvait avoir un effet sur le montant et la forme de l'indemnisation - terme jugé préférable à réparation, qui évoquait la responsabilité des Etats.

252. Il a été dit aussi que les négociations entre Etats en vue de déterminer le montant de l'indemnité, pourraient ne pas aboutir. Il convenait de garder à l'esprit qu'en principe le dommage devait être indemnisé intégralement. Ce principe pouvait être complété par deux éléments. Premièrement, on pourrait indiquer qu'il faudrait envisager la possibilité d'une réduction du montant de l'indemnité (par rapport à l'indemnisation intégrale), compte tenu des éléments et des circonstances de la situation considérée, y compris la situation écwomique et financière relative des Etats intéressés.

Deuxièmement, si un accord n'intervenait pas dans un délai raisonnable, il faudrait prévoir la possibilité de faire appel à une tierce partie pour déterminer le montant de l'indemnité.

253. Résumant cette partie du débat, le Rapporteur spécial a constaté que l'idée de ne pas laisser la victime innocente supporter seule le coût du dommage avait l'appui de la majorité des membres de la Commission et n'avait soulevé aucune objection, Il a ajouté que la tendance dominante qui se dégageait des opinions exprimées était en faveur d'une responsabilité conjointe de l'exploitant privé et de l'Etat, l'exploitant supportant la responsabilité primaire et l'Etat ayant une responsabilité subsidiaire.

e) Espaces ne relevant pas des juridictions nationales (Global Commons)

254. Certains membres ont abordé la question des dommages aux espaces ne relevant pas des juridictions nationales ou dommages à l'indivis mondial (Global Commons). Les opinions ont divergé sur le point de savoir si la Commission devait aborder ce problème à ce stade, ou même dans le cadre du présent sujet. Mais tous les intervenants se sont accordés à reconnaître que le problème de la détérioration continue de l'environnement était un problème grave qui avait des incidences universelles et dont la Commission devait s'occuper.

255. Les membres opposés à l'idée de traiter le problème de l'indivis mondial dans le contexte du présent sujet fondaient leur raisonnement sur la difficulté qu'il y avait à concilier les fondements théoriques de ce sujet et les éléments entrant en jeu dans les dommages à l'indivis mondial. Ils ont rappelé que, dès le début de ses travaux, la Commission était partie de l'hypothèse que le sujet concernait les dommages résultant d'activités menées sur le territoire d'un Etat, sous sa juridiction ou sous son contrôle, et affectant des personnes ou des biens dans un autre Etat. En pareille situation, l'Etat d'origine et l'Etat affecté étaient tous deux aisément identifiables et il était possible d'évaluer le dommage causé. Mais, de l'avis de ces membres, les dommages à l'indivis mondial soulevaient des problèmes différents, y compris la difficulté de déterminer l'Etat ou les Etats d'origine et l'Etat affecté, l'évaluation et la détermination du dommage, etc. En outre, il était difficile d'appliquer le droit à l'indemnisation et l'obligation de prévenir le dommage si l'on ne pouvait identifier un Etat et un seul comme étant l'Etat affecté ou l'Etat d'origine.

Pour ces raisons, ces membres estimaient qu'il n'était pas approprié d'inclure dans le sujet le problème des dommages à l'indivis mondial. Ils ont suggéré à la Commission d'inscrire la question à son programme de travail à long terme, ou de l'étudier lorsqu'elle aurait achevé ses travaux sur le sujet de la responsabilité. D'autres membres ont estimé que la question des dommages à l'indivis mondial n'était pas assez mûre pour que la Commission pose des principes généraux de droit international à cet égard.

256. Certains autres membres ont été d'un avis différent. Ils ont fait observer que le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm mentionnait spécifiquement les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale. De l'avis de certains d'entre eux, même s'il n'y avait pas à l'heure actuelle de règles de droit international qui protègent l'indivis mondial, il fallait en trouver, mais évidemment pas sans avoir étudié tous les aspects du sujet. A ce propos, on a dit aussi que la Commission ne devrait pas adopter une approche indûment conservatrice et devrait être plus étroitement en phase avec l'orientation générale de la communauté internationale, de plus en plus convaincue qu'il importait de protéger l'indivis mondial. Quelques membres ont souligné que cette idée avait été exprimée dans de nombreuses décisions et instances internationales et régionales, notamment dans le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972, dans la résolution 43/53 de l'Assemblée générale, où il était dit expressément que les changements climatiques "concernent l'humanité tout entière", etc. En outre, la nécessité de protéger le patrimoine des générations futures avait été soulignée avec de plus en plus d'insistance dans le contexte du développement durable et du droit de l'environnement.

257. On a fait observer que la Commission pourrait rédiger une série d'articles sur la protection de l'indivis mondial, et même faire des propositions concernant les organismes chargés de les appliquer. Par exemple, le mandat du Conseil de tutelle pourrait être étendu à la protection des ressources de cet indivis mondial. A tout le moins, la Commission devrait définir avec plus de précision ce qu'il faut entendre par obligation erga omnes dans le cas, par exemple, de la pollution de la haute mer, de l'espace ou de la couche d'ozone et déterminer, pour les zones situées dans les limites de la juridiction nationale et au-delà, les conditions actuelles d'exercice d'une actio popularis ayant trait aux ressources de l'indivis mondial.

258. On a dit qu'il ne serait pas de l'intérêt de la Commission de déclarer qu'elle repartait de zéro. Elle devait plutôt tenir compte de ce qui avait déjà été fait dans le domaine de l'environnement, et par exemple des changements climatiques, dont on se préoccupait depuis près de 20 ans. On a rappelé que le Plan d'action de Stockholm recommandait aux gouvernements d'évaluer soigneusement la probabilité et l'ampleur des effets climatiques des activités qu'ils projetaient, de faire connaître aussi largement que possible leurs conclusions avant de s'engager dans ces activités, et de consulter pleinement les autres Etats intéressés lorsqu'ils envisageaient ou entreprenaient des activités présentant des risques pour le climat. La question du changement climatique avait même été mentionnée dans des instruments conventionnels, notamment dans la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles. Il y avait donc un certain nombre d'instruments dont on pouvait se servir pour traiter des problèmes concernant l'indivis mondial. Il importait de ne pas différer les travaux sur ces problèmes. Quelques membres ont indiqué que, précisément pour cette raison, ils préféreraient voir la protection des espaces en question faire l'objet d'un sujet distinct.

259. En réponse, le Rapporteur spécial a déclaré qu'à son avis la Commission devrait, avant de décider si les problèmes de l'indivis mondial devaient ou non être traités dans le contexte du présent sujet, attendre d'avoir examiné plus avant la question.

CHAPITRE VI

RELATIONS ENTRE LES ETATS ET LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

(Deuxième partie du sujet)

A. Introduction

260. La Commission du droit international a divisé en deux parties ses travaux sur le sujet des "Relations entre les Etats et les organisations internationales". Elle a achevé la première partie, relative au statut et aux privilèges et immunités des représentants des Etats auprès des organisations internationales, à sa vingt-troisième session (1971), avec l'adoption d'un projet d'articles qu'elle a soumis à l'Assemblée générale 352/.

261. Ce projet d'articles relatif à la première partie du sujet a ensuite été renvoyé par l'Assemblée générale à une conférence diplomatique qui, réunie à Vienne en 1975, a adopté la Convention sur la représentation des Gtats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel 353/.

262. A sa vingt-huitième session (1976), la Commission a commencé l'examen de la deuxième partie du sujet, qui concerne le statut et les privilèges et immunités des organisations internationales, de leurs fonctionnaires et experts et des autres personnes participant à leurs activités qui ne sont pas des représentants d'Etats 354/.

352/ Annuaire ... 1971, vol. II (première partie), p. 301 et suiv., document A/8410/Rev.1, chap. II, sect. C et D.

353/ Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales, vol. II, Documents de la Conférence (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 201, document A/CONF.67/16.

354/ Annuaire ... 1976, vol. II (deuxième partie), p. 150, par. 173.

263. A la vingt-neuvième session (1977) et à la trentième session (1978), le précédent Rapporteur spécial a présenté deux rapports que la Commission a dûment examinés 355/.

264. A sa trente et unième session (1979), la Commission a désigné M. Leonardo Díaz González Rapporteur spécial pour le sujet 356/.

265. En raison de la priorité que, sur la recommandation de l'Assemblée générale, elle avait assignée à l'achèvement de ses études sur un certain nombre de sujets qui étaient inscrits à son programme de travail et pour lesquels la rédaction de projets d'articles était déjà avancée, la Commission n'a pas abordé le sujet à sa trente-deuxième session (1980), ni à ses deux sessions suivantes. Elle n'en a repris l'examen qu'à sa trente-cinquième session (en 1983).

266. De la trente-cinquième session de la Commission (1983) à la quarante-deuxième (1990), le Rapporteur spécial a présenté cinq rapports 357/. Au cours de ces sessions, la Commission a adopté une série de décisions préliminaires touchant le sujet; elle a notamment adopté un plan délimitant la matière que devaient viser les projets d'articles que le Rapporteur spécial élaborait sur le sujet 358/.

355/ Voir : Rapport préliminaire, Annuaire ... 1977, vol. II (première partie), p. 147, document A/CN.4/304; Deuxième rapport, Annuaire ... 1978, vol. II (première partie), p. 257, document A/CN.4/311 et Add.1; Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-neuvième session, Annuaire ... 1987, vol. II (deuxième partie), p. 1, document A/42/10, où figure un résumé des débats de la Commission sur ces deux rapports, des conclusions en résultant et des mesures prises par le Secrétariat.

356/ Annuaire ... 1979, vol. II (deuxième partie), p. 216, document A/34/10, par. 196.

357/ Premier rapport : Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), document A/CN.4/370. Deuxième rapport : Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), document A/CN.4/391 et Add.1. Troisième rapport : Annuaire ... 1986, vol. II (première partie), document A/CN.4/401. Quatrième rapport : Annuaire ... 1988, vol. II (première partie), document A/CN.4/424 et Corr.1). Cinquième rapport : Annuaire ... 1990, vol. II (première partie), publié initialement sous la cote A/CN.4/432, puis publié dans sa version complète, en 1991, sous la cote A/CN.4/438 et Corr.1 (anglais, espagnol et russe seulement).

358/ Pour un historique plus détaillé du sujet, voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément No 10 (A/44/10)), par. 686 à 707. Le texte du plan en question est reproduit dans la note 269 de ce rapport.

267. A sa quarante-deuxième session (1990) la Connniesion n'a pu, faute de temps, examiner le cinquième rapport du Rapporteur spécial.

B. Examen du sujet à la présente session

268. A la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial [qui avait été publié dans sa version complète sous la nouvelle cote A/CN.4/438 et Corr.1 (anglais, espagnol et russe seulement) et Corr.2 (espagnol seulement)] ainsi que de son sixième rapport (A/CN.4/439).

269. Dans son cinquième rapport, le Rapporteur spécial étudiait la question des archives des organisations internationales et présentait sur cette question le projet d'article 12. Il y étudiait aussi la question des facilités que l'on accordait aux organisations internationales en matière de publications et communications, examinait les questions des codes, de la valise diplomatique, du courrier diplomatique, des services postaux et des télécommunications, en particulier par les stations radio. Le Rapporteur spécial proposait aussi les projets d'articles 13 à 17 relatifs aux facilités en matière de publications et de communications.

270. Dans son sixième l-apport, le Rapporteur spécial examinait en détail la pratique et les problèmes touchant les innnunités fiscales et les franchises douanières dont jouissent les organisations internationales et proposait à ce sujet les projets d'articles 18 à 22.

271. La Commission a examiné les cinquième et sixième rapports du Rapporteur spécial de sa 2232ème à sa 2236ème séance.

272. La Commission, à sa 2236ème séance, a décidé de renvoyer les projets d'articles 12 à 22 au Comité de rédaction. On trouvera ci-après un compte rendu des commentaires et observations des membres de la Commission sur ces projets articles.

273. Lorsqu'il a présenté ses cinquième et sixième rapports, le Rapporteur spécial a indiqué que ces rapports achevaient l'étude de la première partie du projet, à savoir les privilèges et innnunités des organisations internationales, traités aux points A et B du plan approuvé par la Commission 359/. Conformément audit plan, il restait à étudier les points 2 et 3, privilèges et immunités des fonctionnaires internationaux et privilèges

---

359/ Voir ibid.

et immunités des experts envoyés en mission pour le compte d'une organieation et des personnes ayant des affaires officielles à traiter avec une organisation.

274. Au sujet de son cinquième rapport et plus particulièrement de la partie consacrée aux archives des organisations internationales, le Rapporteur spécial a indiqué que, comme les Etats, les organisations internationales entretenaient avec leurs Etats membres et entre elles une communication permanente et continue. Elles entretenaient, naturellement, une correspondance nourrie avec des institutions publiques et privées ainsi qu'avec des particuliers. Elles conservaient les dossiers ayant trait à leur personnel ainsi qu'aux projets, études, recherches et autres activités dans lesquelles elles se trouvaient engagées pour atteindre leurs objectifs. Enfin, elles détenaient des séries de documents qui constituaient la base même de leur fonctionnement. La conservation et la garde de toute cette documentation dtait l'affaire des services d'archives des organisations internationales.

275. Pour préserver, défendre et garantir le caractère confidentiel de ces archives et pour garantir non seulement leur propre sécurité et leur droit à l'indépendance et à la propriété privée mais aussi la sécurité et le caractère privé de la documentation qui leur était adressée ou confiée, notamment par leurs Etats membres, les organisations internationales intergouvernementales devaient nécessairement jouir de l'inviolabilité de leurs archives.

276. Cette inviolabilité était fondée sur deux principes fondamentaux : un devoir de non-ingérence et un devoir de protection, comme en droit diplomatique. Il s'agissait de protéger non seulement le secret, mais aussi 1· lieu où était conservé ce secret. Dans le cas des missions diplomatiques et consulaires, l'Etat hôte avait l'obligation non seulement de ne pas essayer de pénétrer ce secret, mais encore de le protéger en imposant le respect du lieu où il était conservé et même d'empêcher des tiers de le violer. Le droit au respect de ia confidentialité, en un mot au secret, était considéré comme essentiel à la liberté d'action et à l'efficacité des organisations internationales. Le respect de ce caractère privé, la préservation du secret, constituaient la base même de l'indépendance sans Laquelle le6 organisations internationales ne pouvaient pleinement atteindre leurs objectifs.

277. Au sujet des publications des organisations internationales, le Rapporteur spécial jugeait inutile d'argumenter longuement pour démontrer que les publications constituaient la forme d'expression principale des organisations internationales. C'est pourquoi, dans le langage employé par ces dernières - tant dans les textes juridiques que dans la pratique - le terme "publications" avait habituellement un contenu beaucoup plus vaste que celui qu'il avait généralement en droit interne. Ce contenu variait bien sûr selon les textes, comme le montrait l'analyse effectuée dans le rapport. C'est pourquoi les organisations internationales devaient jouir de la garantie la plus absolue en ce qui concernait non seulement l'inviolabilité de leurs publications, mais aussi la libre distribution et la libre circulation du matériel d'information nécessaire à leurs activités.

278. S'agissant des communications des organisations internationales, le Rapporteur spécial a indiqué que les moyens de communication mis à leur disposition étaient les mêmes que ceux qu'utilisaient les Etats ou leurs missions diplomatiques. C'est pourquoi le projet assimilait les organisations internationales aux missions diplomatiques pour les faire bénéficier des mêmes moyens de communication.

279. Le Rapporteur spécial a rappelé que le Sous-Comité juridique consultatif du Conseil de l'Europe avait estimé à ce sujet que "la nécessité d'utiliser des services postaux particuliers et de disposer de facilités spéciales pour l'emploi de valises scellées, de codes et de chiffres ne s'imposait pas à toutes les organisations internationales et que, pour de nombreuses organisations, le recours aux services ordinaires de courrier et de télécommunications devait être suffisant" 360/. De l'avis du Rapporteur spécial, il n'y avait cependant pas lieu de se préoccuper outre mesure du fait que les organisations internationales n'avaient pas toutes besoin d'utiliser tous les moyens exceptionnels de communication. Le principe devait être reconnu - il l'était généralement - et devait être appliqué lorsqu'il y avait lieu. Dans les cas où l'application du principe n'était pas indispensable à l'organisation, il fallait laisser à celle-ci la faculté d'y renoncer.

360/ Conseil de l'Europe, op. cit., par. 81, p. 37.

De toute façon, vu les progrès techniques constants en matière de communications radiophoniques et radiotélégraphiques (telex, télécopie, etc.), la question perdait chaque jour de son importance. A l'avenir, le problème ne porteraitplus que sur la priorité à accorder aux demandes d'installation des appareils, sur l'octroi de tarifs préférentiels et sur les taxes applicables aux services - c'était déjà en grande partie le cas à l'heure actuelle.

280. Le Rapporteur spécial a mentionné, en particulier, la question de l'utilisation par les organisations internationales de courriers et valises diplomatiques et a rappelé le projet d'articles sur le statut du courrier et de la valise diplomatiques récemment élaboré par la Commission 361/, ainsi que le débat qui avait eu lieu à la Commission et à la Sixième Commission sur la possibilité d'étendre le champ d'application dudit projet aux courriers et valises des organisations internationales. Il a rappelé que, si de nombreux membres et de nombreux Etats s'étaient déclarés en faveur de cette extension, la Commission, tenant compte des objections de quelques-uns de ses membres et de quelques Etats, s'était prononcée contre, afin de ne pas compromettre l'acceptabilité de l'ensemble du projet. Elle avait néanmoins élaboré un projet de protocole facultatif qui permettait aux Etats qui adhéreraient au projet d'articles d'en étendre dans ce sens le champ d'application. C'est pourquoi le projet d'article 16 se référait aux "dispositions contenues dans les conventions multilatérales en vigueur".

281. En ce qui concerne le sixième rapport, et en particulier les immunités fiscales des organisations internationales, le Rapporteur spécial a indiqué que l'immunité fiscale que s'accordaient les Etats dans leurs relations mutuelles était en fin de compte la contrepartie de l'égalité. C'était en application du principe de la souveraineté et de l'égalité des Etats que l'on ne concevait pas qu'un Etat puisse se voir soumis au pouvoir d'imposition d'un autre Etat. Cela avait été établi tant par la coutume en droit international que par la pratique dans les relations internationales, et cela avait même été

361/ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément No 10 (A/44/10)).

consacré par des accords bilatéraux et multilatéraux, ou même par des décisions unilatérales des Etats, au moins en ce qui concernait les biens affectés à des fins officielles. L'exonération fiscale accordée aux organisations internationales intergouvernementales se justifiait par ce même principe de l'égalité entre les Etats membres. Un Etat ne pouvait imposerune charge à d'autres Etats à travers une organisation internationale, et l'Etat hôte ne devait pas retirer un profit fiscal injustifié de la présence d'une organisation sur son territoire.

282. En ce qui concerne les franchises douanières des organisations internationales, le Rapporteur spécial a indiqué que pour bien s'acquitter de leurs fonctions officielles, les organisations internationales intergouvernementales devaient jouir de la plus grande indépendance par rapport aux Etats qui les composaient. Cette indépendance ne devait être entravée d'aucune manière. C'est pourquoi l'on semblait avoir accepté le principe de la libre circulation des biens et des capitaux des organisations internationales, qui constituait une des garanties fondamentales de cette indépendance. Mais si la libre circulation des biens des organisations internationales était fondamentale et nécessaire à l'accomplissement de leur mission, les Etats avaient bien entendu le droit de se protéger contre tout abus ou toute fausse interprétation du principe, qui en altérerait la véritable finalité. Il fallait donc un équilibre entre, d'une part, le principe de la libre circulation des biens que les organisations internationales importent ou exportent pour leur usage officiel et, d'autre part, le droit qu'a l'Etat de protéger ses intérêts et sa sécurité.

283. Se référant de manière générale aux cinquième et sixième rapports du Rapporteur spécial, quelques membres de la Commission ont abordé incidemment la question de l'utilité du sujet dont la Commission avait abordé l'examen. Ils ont fait observer à cet égard que, s'il existait certes déjà un certain nombre de conventions multilatérales et d'accords de siège réglementant la question des privilèges et immunités des organisations internationales, il serait faux d'en conclure que l'utilité du sujet était limitée. Au contraire, c'était une excellente occasion pour la Commission d'effectuer un travail typique de codification, en organisant et en systématisant les normes existantes qui bien souvent ne correspondaient pas entre elles, en dégageant

le facteur commun qui les liait toutes, et en établissant clairement le minimum indispensable auquel les organisations internationales avaient droit dans ce domaine. Il s'agirait essentiellement d'un travail minutieux de rédaction, et il était clair que le Comité de rédaction avait là un rôle primordial à jouer. On pouvait ajouter à cela certains aspects de développement progressif en matière de réglementation de secteurs relativement nouveaux de la réalité internationale, par exemple l'utilisation par les organisations internationales de communications par satellites ou les problèmes particuliers et très délicats que pourrait faire surgir l'extension prévisible des opérations de maintien de la paix.

284. Il a été souligné que le principe qui devait régir l'octroi de privilèges et immunités aux organisations internationales était celui de la nécessité fonctionnelle. A cet égard, quelques membres ont estimé que si le Rapporteur spécial semblait de façon générale d'accord sur ce principe, certains des articles proposés, ou les arguments avancés à l'appui, paraissaient ne pas y être entièrement conformes.

285. Plusieurs membres se sont référés à la partie du cinquième rapport qui traitait des archives des organisations internationales et ont appuyé de manière générale les considérations du Rapporteur spécial touchant l'importance de ces archives et la nécessité d'en garantir le caractère confidentiel et d'en assurer l'inviolabilité. Il a été souligné que les Etats devaient s'abstenir de toute forme de contrainte, administrative ou juridictionnelle, sur ces archives. Un membre s'est demandé si la question de l'inviolabilité des archives ne devrait pas englober le respect et la protection de l'emblème, du nom et aussi, dans certains cas, du drapeau d'une organisation internationale. On a fait observer que l'inviolabilité des archives, qu'il s'agisse de documents à usage interne, comme les fichiers du personnel de l'organisation, ou à usage externe, comme la correspondance avec des Etats membres et d'autres organisations internationales, était indispensable pour permettre à une organisation de remplir ses fonctions. Une organisation devait être seul juge du degré de secret ou de confidentialité requis dans ce domaine, car la justification fonctionnelle était corroborée par divers instruments internationaux, y compris la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies.

286. En ce qui concerne, plus concrètement, le projet d'article 12 362/ proposé par le Rapporteur spécial, plusieurs membres ont appuyé de manière générale son contenu en se réservant de formuler certaines suggestions destinées à l'améliorer. Ainsi, s'agissant du paragraphe 1, un membre a estimé qu'il serait approprié d'y mentionner l'obligation positive de l'Etat hôte de protéger les archives des organisations internationales. Un autre membre a estimé que les mots "d'une manière générale" pourraient donner l'impression que les documents d'une organisation n'étaient pas toujours inviolables; il a donc proposé de supprimer ces mots. S'agissant du paragraphe 2, plusieurs membres ont déclaré qu'ils préféraient effectivement voir la définition des archives figurer dans le corps de l'article destiné à les régir plutôt que dans un article général relatif aux définitions. Quelques-uns d'entre eux ont propos8 d'élargir quelque peu la portée de la définition. Un membre a proposé d'inclure dans les archives les locaux où les archives sont conservées, locaux qui, à son avis, devraient jouir d'un degré de protection plus élevé que les autres locaux des organisations internationales. D'autres membres se sont déclarés partisans d'étendre la définition des archives aux moyens de communication modernes tels que les fichiers informatiques, le courrier électronique, les machines de traitement de texte, etc. Un membre a proposé de remplacer les mots "on entend par archives des organisations internationales" par les mots "les archives des organisations internationales comprennent . . .". Un autre membre a suggéré d'insérer les mots "en particulier" après les mots "on entend par archives des organisations internationales".

362/ Le projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 12

1. Les archives des organisations internationales et, d'une manière générale, tous les documents leur appartenant ou détenus par elles sont inviolables, où qu'ils se trouvent.

2. On entend par archives des organisations internationales tous les papiers, documents, correspondances, livres, films, rubans magnétiques, dossiers et registres, ainsi que le matériel du chiffre, les fichiers et les meubles destinés à les protéger et à les conserver."

287. Plusieurs membres se sont référés à la partie du cinquième rapport relative aux facilités en matière de publications et communications. En ce qui concerne les publications, ces membres, appuyant l'approche du Rapporteur spécial, ont insisté sur le droit dont devaient jouir les organisations internationales de publier et de diffuser leurs documents et publications. Pour l'Organisation des Nations Unies, par exemple, cette liberté découlait de dispositions de la Charte et était garantie par la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies. Cette Convention disposait en outre que, pour ce qui était de ses publications, l'ONU était exonérée de droits de douane et de toute restriction ou interdiction en matière d'importation ou d'exportation, sans préjudice du droit de revendre lesdites publications.

288. S'agissant plus particulièrement du projet d'article 13 363/ présenté par le Rapporteur spécial, un membre a jugé utile d'appeler l'attention de la Commission sur un commentaire formulé par le Sous-Comité sur les privilèges et immunités des organisations internationales du Comité européen de coopération juridique. Selon ce commentaire, les Etats membres devaient certes faciliter la diffusion des publications d'une organisation, mais ils devaient se réserver le droit de faire le nécessaire pour protéger l'ordre public.

Un autre membre a estimé que l'article 13 pourrait mentionner également des technologies très modernes de diffusion telles que les disques magnétiques, les disquettes et autres produits informatiques.

363/ Le projet d'article 13 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 13

Les organisations internationales jouiront sur le territoire de chaque Etat partie [à la présente Convention] du droit de faire circuler et distribuer librement leurs publications et le matériel d'information nécessaire à leurs activités, y compris les films, les photographies, les imprimés et les enregistrements préparés dans le cadre du programme d'information d'une organisation et exportés ou importés pour être exposés ou diffusés, ainsi que les livres, publications périodiques et autres documents imprimés."

289. S'agissant des facilités en matière de communications, plusieurs membres ont souligné qu'il fallait, de manière générale, que les organisations internationales jouissent d'une grande liberté dans ce domaine. C'est ainsi seulement qu'elles pourraient fonctionner de manière satisfaisante, en propageant et en diffusant des idées ainsi que les résultats des missions dont elles étaient chargées. Cette liberté drvait toutefois être tempérée par une application correcte du critère de la nécessité **functionnelle.** Si par exemple certaines organisations **comme l'ONU** avaient besoin, en raison de l'ampleur de leurs objectifs et de leurs fonctions, d'utiliser tous les moyens de communication disponibles, en revanche d'autres organisations dont ie champ d'action était plus réduit n'avaient pas réellement besoin de recourir à toute la gamme des moyens de communication existants. Ces distinctions étaient particulièrement importantes pour certains moyens de communication, par exemple les stations de radio et de télévision. A cet égard, plusieurs membres ont fait observer que le projet d'articles pourrait avoir notamment comme fonction utile de réglementer des domaines relativement nouveaux comme l'accès des organisations internationales aux télécommunications par satellite. Toujours à propos des communications, quelques membres ont rappelé que les conventions sur les privilèges et immunités des Nations Unies et des institutions spécialisées reconnaissaient à ces organisations le droit d'utiliser les courriers et les valises diplomatiques. Le projet adopté par la Commission en matière de courriers et de valises diplomatiques était toutefois limité aux courriers et valises **d'Etats,** même si un protocole facultatif permettrait d'en étendre l'application à ceux des organisations internationales de caractère universel. Plusieurs membres ont estimé que, peut-être dans le cadre du sujet actuel, la Commission pourrait aller plus loin en ce qui concerne la réglementation de ces courriers et valises.

290. En ce qui concerne en particulier le projet d'article 14 364/, un membre a estimé que l'on pourrait en simplifier la rédaction en posant uniquement comme principe général qu'en matière de communications les organisations internationales jouissent, sur le territoire d'un Etat partie au projet de convention, d'un traitement au moins aussi favorable que le traitement accordé par cet Etat à tout autre gouvernement, y compris ses missions diplomatiques. Un autre membre s'est déclaré opposé à la deuxième phrase de l'article, qui subordonnait à l'assentiment de l'Etat hôte l'installation et l'utilisation par une organisation internationale d'un poste émetteur de radio.

291. Les opinions se sont partagées sur le projet d'article 15 365/. Ainsi, un membre l'a trouvé entièrement acceptable, alors qu'un autre ne l'a pas jugé vraiment nécessaire. Ce dernier a estimé que le paragraphe 1 était redondant

---

364/ Le projet d'article 14 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 14

Les organisations internationales jouiront, pour leurs communications officieiles, sur le territoire de tout Etat partie [à la présente Convertion], en ce qui concerne ces organisations, d'un traitement au moins aussi favorable que le traitement accordé par le Gouvernement de cet Etat à tout autre gouvernement, y compris ses missions diplomatiques, en matière de priorités, tarifs ou taxes sur le courrier, les câhlogrammes, télégrammes, radiotélégrammes, téléphotos, communications téléphoniques, télécopies et autres communications, ainsi qu'en matière de tarifs de presse pour les informations à la presse, au cinéma, à la radio et à la télévision. Toutefois, l'organisation internationale ne pourra installer et utiliser un poste émetteur de radio qu'avec l'assentiment de l'Etat hôte."

365/ Le projet d'article 15 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 15

La correspondance officielle et les autres communications officielles d'une organisation internationale sont inviolables.

On entend par correspondance officielle et communications officielles toute correspondance et toute communication concernant une organisation et ses fonctions."

étant donné l'existence du projet d'article 12, et que le paragraphe 2 était superflu. Un autre membre a proposé de supprimer le paragraphe 2, et de reformuler l'article comme suit : "La correspondance officielle et les autres communications officielles concernant une organisation internationale et ses fonctions sont inviolables". Toujours à propos du paragraphe 2, un membre a considéré qu'il s'écartait du concept strictement fonctionnel, car il ne suffisait pas que la correspondance et les communications concernent l'organisation pour qu'elles soient considérées comme officielles et inviolables. Il fallait aussi qu'elles soient nécessaires pour atteindre les buts de l'organisation ou qu'elles aient un rapport avec ces buts. Un autre membre a reproché au paragraphe de ne pas être suffisamment précis : il fallait parler de toute correspondance ou communication "expédiée par" ou "adressée à" une organisation.

292. Quant au projet d'article 16 366/, un membre l'a trouvé généralement satisfaisant tout en contestant la nécessité de la référence au courrier diplomatique qui, selon lui, était rarement utilisé par les organisations internationales. A son avis, cette question pouvait être réglée par des accords de siège spécifiques. Un autre membre a contesté la valeur d'un article qui ne faisait que renvoyer aux dispositions contenues dans des conventions existantes et n'établissait aucune réglementation autonome. A propos de la mention concernant les conventions existantes, un autre membre a critiqué l'expression "en vigueur", qu'il a jugé inappropriée car les conventions pourraient être en vigueur sans lier pour autant tous les Etats.

366/ Le projet d'article 16 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 16

Les organisations internationales ont le droit d'utiliser des codes ainsi que d'expédier et de recevoir leurs communications officielles par des courriers ou par valises scellées, qui jouiront des mêmes immunités et des mêmes privilèges que ceux accordés aux courriers et valises diplomatiques conformément aux dispositions contenues dans les conventions multilatérales en vigueur où sont réglées les questions relatives au courrier diplomatique et à la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique."

On ne pouvait prétendre lier par le biais de cet article des Etats qui n'étaient pas parties à ces conventions. Un autre membre a critiqué le renvoi aux conventions multilatérales en vigueur, étant donné qu'une telle clause ne figurait ni dans la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies ni dans celle relative aux privilèges et immunités des institutions spécialisées. Mieux vaudrait faire mention du droit international, d'autant qu'il n'existait actuellement aucune convention multilatérale universellement approuvée sur le courrier diplomatique ou la valise diplomatique.

293. En ce qui concerne le projet d'article 17 proposé par le Rapporteur spécial 367/, un membre l'a trouvé entièrement acceptable. D'autres, en revanche, l'ont jugé trop restrictif pour les droits des organisations internationales et trop favorable aux intérêts des Etats. Selon eux, le principe de la protection de la sécurité des Etats membres devait être contrebalancé, dans une disposition plus équilibrée, par le principe selon lequel les Etats devaient respecter les objectifs des organisations internationales et en faciliter la réalisation. Un membre a ajouté que la disposition correspondante des conventions sur les privilèges et immunités des Nations Unies et des institutions spécialisées était plus favorable en la matière aux organisations internationales que le projet d'article 17 proposé par le Rapporteur spécial.

294. A propos du sixième rapport du Rapporteur spécial, plusieurs membres ont évoqué, d'une manière générale, les immunités fiscales et franchises douanières des organisations internationales. Ces membres ont indiqué que le fondement essentiel de l'immunité fiscale d'une organisation résidait dans le principe selon lequel l'Etat hôte ne doit pas retirer un avantage injustifié

367/ Le projet d'article 17 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 17

Aucune des dispositions contenues dans le présent chapitre n'affecte le droit de tout Etat partie [à la présente Convention] de prendre les précautions utiles et les mesures appropriées pour assurer sa sécurité."

de la présence d'une organisation internationale sur son territoire. Un autre fondement était l'obligation faite à l'Etat hôte de faciliter la mission de l'organisation. A cet égard, plusieurs membres ont fait observer que l'Article 105 de la Charte des Nations Unies et les conventions sur les privilèges et immunités des Nations Unies et des institutions spécialisées, de 1946 et 1947 respectivement, étaient des sources très importantes en la matière. Quant aux franchises douanières des organisations, elles reposaient sur le principe selon lequel les organisations doivent jouir d'une certaine indépendance afin de poursuivre leurs objectifs et de s'acquitter de leurs fonctions. A cet égard, on a souligné qu'il fallait distinguer entre usage officiel et autres usages pour établir les limitations auxquelles ces franchises devaient être soumises.

295. En ce qui concerne plus particulièrement le projet d'article 18 368/, un membre, favorable à ce texte, a fait observer qu'il constituait une adaptation des dispositions pertinentes des conventions sur les privilèges et immunités des Nations Unies et des institutions spécialisées. Un autre membre a estimé qu'il serait utile de définir, soit dans l'article, soit dans une autre disposition du projet, les termes "direct" ou "indirect" appliqués à un impôt. Un autre encore s'est déclaré partisan de supprimer la dernière partie de l'article, à partir des mots "il est entendu, toutefois", et de rédiger un nouvel article concernant l'obligation pour les organisations internationales de prendre à leur charge le coût des services d'utilité publique.

368/ Le projet d'article 18 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 18

Les organisations internationales, leurs avoirs, revenus et autres biens affectés à leurs activités officielles seront exonérés de tout impôt direct; il est entendu, toutefois, que les organisations internationales ne demanderont pas l'exonération des impôts qui ne représenteraient en fait que la simple rémunération de services d'utilité publique."

296. A propos du projet d'article 19 369/, un membre a indiqué que, à la différence d'autres articles, ce texte reposait sur une disposition similaire de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Un autre membre s'est demandé en quoi consistait la différence entre les "services d'utilité publique" du projet d'article 18 et les "services particuliers rendus" du paragraphe 1 du projet d'article 19. Au cas où il n'existerait aucune différence, il conviendrait d'harmoniser les deux dispositions. Un autre membre a émis l'avis que le paragraphe 2 du projet d'article 19 n'était peut-être pas nécessaire car il se référait non pas aux activités d'une organisation mais à celles des particuliers qui traitaient avec elle.

297. A propos du projet d'article 20 370/, un membre a proposé d'ajouter un nouveau paragraphe indiquant les mesures de contrôle que pourrait prendre l'Etat hôte afin d'éviter les abus éventuels de la franchise. Un autre membre a suggéré d'ajouter l'adverbe "uniquement" avant les mots "à l'usage officiel", afin de mieux marquer le caractère fonctionnel de la franchise.

369/ Le projet d'article 19 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 19

1. Les organisations internationales seront exonérées de tous les impôts et taxes nationaux, régionaux ou communaux sur les locaux de l'organisation dont elles sont propriétaires ou locataires, à l'exception des impôts ou taxes perçus en rémunération de services particuliers rendus.

2. L'exemption fiscale prévue dans le présent article ne s'applique pas aux impôts et charges qui, d'après la législation de l'Etat hôte, sont à la charge du particulier qui traite avec l'organisation internationale."

370/ Le projet d'article 20 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 20

Conformément aux dispositions législatives et réglementaires que l'Etat hôte pourra adopter, les organisations internationales, leurs avoirs, revenus et autres biens seront exonérés :

(Suite de la note page suivante)

En revanche, ce membre a formulé des réserves au sujet des mots "conformément aux dispositions législatives et réglementaires que l'Etat hôte pourra adopter" qui figurent au début de l'article : ces termes risquaient de donner lieu à des abus de la part des gouvernements car ceux-ci pourraient, sans consulter les organisations, adopter des dispositions limitant considérablement les privilèges accordés. Pour un autre membre, l'alinéa b) de l'article 20, qui concernait les publications, aurait mieux sa place dans le projet d'article 13; la question des publications serait lors traitée dans un seul article.

298. En ce qui concerne le projet d'article 21 371/, plusieurs membres ont fait valoir que l'expression "en principe" figurant au paragraphe 1 n'était pas justifiée : ou bien les organisations ont droit à l'exonération des impôts

---

(Suite de la note 370/)

a) De tous droits de douane, impôts et charges connexes, autres que frais d'entreposage, de transport et frais afférents à des services analogues, ainsi que des prohibitions et restrictions d'importation et d'exportation, en ce qui concerne les articles importés ou exportés par les organisations internationales pour leur usage officiel; il est entendu, toutefois, que les articles ainsi importés en franchise ne pourront être cédés à titre gratuit ni vendus dans le pays où ils auront été introduits, à moins que ce ne soit à des conditions convenues avec le gouvernement dudit pays.

b) De droits de douane et de prohibitions et de restrictions en ce qui concerne l'importation et l'exportation de leurs publications destinées à l'usage officiel."

371/ Le projet d'article 21 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 21

1. Les organisations internationales ne demanderont pas, en principe, l'exonération des impôts à la consommation ni de l'impôt sur la vente des biens meubles et immeubles inclus dans le prix qui doit être payé.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe précédent, quand les organisations internationales effectueront, pour leur usage officiel., des achats importants de biens grevés ou susceptibles d'être grevés de tels droits et impôts, les Etats parties (à la présente convention) prendront, chaque fois que cela leur sera possible, les dispositions administratives pertinentes pour assurer la remise ou le remboursement de la somme correspondant à ces droits et impôts."

dont traite ce paragraphe, ou elles n'y ont pas droit. Cette expression avait en outre l'inconvénient de donner aux Etats la possibilité de l'interpréter de différentes manières, en faveur de certaines organisations ou au détriment d'autres. Un membre a critiqué l'emploi dans ce paragraphe du verbe "demander" : les organisations avaient-elles ou non droit à l'exonération des impôts en question ? Un membre a critique sévèrement ce paragraphe, qui n'établissait pas clairement, à son avis, que l'organisation était exonérée d'impôts en cas d'acquisition ou de vente d'immeubles. Il n'y avait selon lui aucune raison que l'Etat hôte s'enrichisse avec l'argent des contributions que les autres Etats membres de l'organisation versaient à son budget. Se fondant sur ce même principe, un autre membre a déclaré que seules dee raisons pratiques liées aux difficultés d'établir dans chaque cas le montant de l'exonération pourraient peut-être justifier le paiement par une organisationd'impôts à la consommation. Ces difficultés tendaient à disparaître dans le cas d'achats importants ou en grande quantité, et c'est pour cette raison que le paragraphe 2 du projet d'article était justifié. A çet égard, un membre a souhaité voir employer, pour qualifier les achats mentionnés au paragraphe 2, l'adjectif "importants", déjà utilisé dans la traduction en plus'eurs langues, plutôt que l'adjectif "large" qui figurait dans la version anglaise.

299. A propos du projet d'article 22 372/ qui définissait la notion d'"activité officielle" ou d'"usage officiel" employée dane divers articles, plusieurs membres ont dit que cette définition était utile à l'ensemble du projet car elle établissait le critère fonctionnel qui devait le régir. Elle devait donc faire l'objet d'une disposition plus générale, dans une autre partie du projet, de façon à pouvoir s'appliquer à l'ensemble des dispositions. Un membre a souligné que ce projet d'article devrait consacrer

---

372/ Le projet d'article 22 proposé par le Rapporteur spécial se lisait comme suit :

"Article 22

Aux fins des articles précédents, on entend par activité officielle ou usage officiel ceux qui se rapportent à la réalisation des fins de l'organisation internationale."

clairement le principe général selon lequel tous les privilèges et immunités dont bénéficient les organisations internationales leur sont reconnus dans le cadre de leur activité officielle ainsi définie.

300. Le Rapporteur spécial est revenu sur certaines observations précises faites au cours du débat. A propos de l'idée d'inclure dans le projet d'articles le respect et la protection de l'emblème, du nom et, dans certains cas, du drapeau de l'organisation, le Rapporteur comptait traiter cette question à la fin du projet d'articles. Elle ne lui paraissait pas nécessairement liée à la protection des archives et l'on pouvait se demander si toutes les organisations avaient vraiment besoin de cette protection supplémentaire. Cela dit, la queetion méritait d'être étudiée. A propos de l'inclusion proposée, dans le projet d'article 14, des méthodes nouvelles de communications telles que les télécommunications par satellite, le Rapporteur spécial en prenait note, bien qu'à son avis le projet d'article fût rédigé en termes assez larges puisqu'il faisait mention, d'une manière générale, des "autres communications". Quant à l'emploi des termes "en principe" au paragraphe 1 du projet d'article 21, le Rapporteur spécial, qui avait lui aussi certaines réserves à ce sujet, avait fait figurer ces mots dans le texte car ils correspondaient à la pratique actuelle et se trouvaient notannnent à la section 8 de l'article II de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies et à la section 10 de l'article III de la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées.

301. Le Rapporteur spécial a ajouté qu'il avait tenu dûment compte de toutes les autres observations utiles formulées au cours du débat et que le Comité de rédaction serait chargé de les concrétiser dans des textes qui puissent faire l'objet d'un accord général.

CHAPITRE VII

RESPONSABILITE DES ETATS

A. Introduction

302. Le plan d'ensemble adopté par la Commission à sa vingt-septième session (1975) pour le projet d'articles sur le sujet de la "Responsabilité des Etats" prévoyait que l'économie du projet serait la suivante : la première partie porterait sur l'origine de la responsabilité internationale, la deuxième partie sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale, et une éventuelle troisième partie, que la Commission pourrait décider d'ajouter, sur la question du réglement des différends et de la mise en oeuvre de la responsabilité internationale 373/.

303. A sa trente-deuxième session (19801, la Commission a adopté provisoirement en première lecture la première partie du projet d'articles, intitulée "Origine de la responsabilité internationale" 374/.

304. A la même session, la Commission a commencé à examiner la deuxième partie du projet d'articles, intitulée "Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale".

305. De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-huitième session (1986), le Commission a été saisie par le Rapporteur spécial, M. Willem Riphagen, de sept rapports, consacrés aux deuxième et troisième parties du projet d'articles 375/. Le septième rapport contenait une section (qui n'a été ni présentée ni examinée à la Commission) relative à la préparation de l'examen

---

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

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

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

en deuxième lecture de la première partie du projet d'articles, concernant les commentaires écrits des gouvernements sur dix des projets d'articles de cette première partie.

306. A l'issue de la trente-huitième session (1986), la Commission avait adopté provisoirement les projets d'articles premier à 5 de la deuxième partie 376/.

376/ Voici le texte des projets d'articles de la deuxième partie provisoirement adoptés par la Commission à ce jour.

"Article premier

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

Article 2

Sans préjudice des dispositions des articles 4 et [12], les dispositions de la présente partie régissent les conséquences juridiques de tout fait internationalement illicite d'un Etat, sauf dans les cas ou dans la mesure où lesdites conséquences juridiques sont déterminées par d'autres règles de droit international qui se rapportent spécifiquement au fait internationalement illicite en question.

Article 3

Sans préjudice des dispositions des articles 4 et [12], les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un Etat qui ne sont pas énoncées dans les dispositions de la présente partie continuent d'être régies par les règles du droit international coutumier.

Article 4

Les conséquences juridiques d'un fa internationalement illicite d'un Etat énoncées dans les dispositions de la présente partie sont, s'il y a lieu, soum ses aux dispositions et procédures de la Charte des Nations Unies relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Article 5

1) Aux fins des présents articles, l'expression "Etat lésé" s'entend de tout Etat qui est atteint dans un droit par le fait d'un autre Etat, si ce fait constitue, conformément aux dispositions de la première partie des présents articles, un fait internationalement illicite de cet Etat.

(Suite de la note page suivante)

suite de la **note 376/**

2) En particulier, l'expression "Etat lésé" désigne :

a) si le droit auquel le fait d'un Etat porte atteinte résulte d'un traité bilatéral, l'autre Etat partie au traité;

b) si le droit auquel le fait d'un Etat porte atteinte résulte d'un jugement ou autre décision obligatoire relative au règlement d'un différend qui est rendu par une **cour** ou un tribunal international, l'autre Etat ou les autres Etats qui sont parties au différend et bénéficiaires de ce droit;

c) si le droit auquel le fait d'un Etat porte atteinte résulte d'une décision obligatoire d'un organe international autre qu'une cour ou un tribunal internationa', **l'Etat** ou les Etats qui, conformément à l'instrument constitutif de l'organisation internationale concernée, sont bénéficiaires de ce droit;

d) si le droit auquel le fait d'un Etat porte atteinte résulte d'une disposition conventionnelle en faveur d'un Etat tiers, cet Etat tiers;

e) si le droit auquel le fait d'un Etat porte atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle du droit international coutumier, tout autre Etat partie au traité multilatéral ou lié par la règle du droit international coutumier, lorsqu'il est établi :

i) que le droit a été créé ou est reconnu en sa faveur;

ii) que l'atteinte portée au droit par le fait d'un Etat affecte nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations des autres Etats parties au traité multilatéral ou liés par la règle du droit international coutumier; ou

iii) que le droit a été créé ou est reconnu pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

f) si le droit auquel le fait d'un Etat porte atteinte résulte d'un traité multilatéral, tout autre Etat partie au traité multilatéral, lorsqu'il est établi que ce droit a été expressément énoncé dans le traité pour la protection des intérêts collectifs des Etats parties.

3) En outre, l'expression 'Etat lésé' désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international [et dans le contexte des droits et obligations des Etats aux termes des articles 14 et 151, tous les autres Etats."

Elle a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 6 à 16 de la deuxième partie 377/, ainsi que les projets d'articles premier à 5 de la troisième partie 378/ avec l'annexe y relative 379/.

307. A sa trente-neuvième session (1987), la Commission a nommé M. Gaetano Arangio-Ruiz rapporteur spécial pour le sujet de la responsabilité des Etats 380/. De 1988 à 1990, la Commission a été saisie par le Rapporteur spécial de deux rapports 381/. A ses quarante et unième et quarante-deuxième sessions (1989 et 1990), elle a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 6, 7, 8, 9 et 10 du chapitre II (Conséquences juridiques découlant d'un délit international) de la deuxième partie du projet d'articles 382/.

377/ Pour le texte des projets d'articles 6 à 16 de la deuxième partie, voir Annuaire ... 1985, vol. II (deuxième partie), p. 20, note 66. Ces articles ont été renvoyés au Comité de rédaction lors de la même session, voir ibid., par. 162.

378/ Pour le texte des projets d'articles premier à 5 de la troisième partie, avec l'annexe y relative, voir Annuaire ... 1986, vol. II (deuxième partie), p. 37, note 86.

379/ Les cinq projets d'articles de la troisième partie et l'annexe y relative ont été renvoyés au Comité de rédaction à la trente-huitième session, en 1986, voir ibid., par. 63.

380/ Annuaire ... 1982, vol. II (deuxième partie), par. 220.

381/ A/CN.4/416 et Corr.1 (anglais seulement) et Corr.2; A/CN.4/416/Add.1 et Corr.1 (anglais seulement), Corr.2 et Corr.3 (espagnol seulement); A/CN.4/425 et Corr.1 (anglais seulement); A/CN.4/425/Add.1 et Corr.1 (anglais seulement).

382/ Pour le texte des articles 6 et 7, voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément No 10 (A/44/10)), p. 192 à 194, par. 229 et 230, et pour celui des articles 8, 9 et 10, voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément No 10 (A/45/10), notes 247, 262 et 263.

B. Examen du sujet à la présente session

308. A la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/440 et Add.1), mais faute de temps, elle n'a pas té en mesure d'étudier le sujet. Il lui a paru utile que le Rapporteur spécial présente néanmoins son rapport, en vue d'accélérer les travaux à La prochaine session,

309. Le Rapporteur spécial a présenté son troisième rapport à la 2238ème séance. La Commission n'ayant pas encore examiné ce rapport, les paragraphes qui suivent sont donnés à titre purement indicatif.

310. Ce troisième rapport traitait des conséquences "instrumentales" d'un fait internationalement illicite, ou "contre-mesures", c'est-à-dire du régime juridique des mesures qui peuvent être prises par l'Etat lésé contre un Etat auteur d'un fait internationalement illicite, et notamment, en principe, des mesures applicables dans le cas de délits. Le Rapporteur spécial a indiqué que ce rapport avait principalement pour objet de cerner les problèmes, les opinions et les options, et de susciter, à la Commission et ailleurs, des observations et des critiques permettant de présenter des propositions plus étudiées.

311. Le Rapporteur spécial a relevé que le régime juridique des contre-mesures, qui était au centre de la deuxième partie de la responsabilité des Etats, était l'une des questions les plus ardues de tout le sujet. Si l'on pouvait, pour les conséquences substantielles du fait illicite, trouver dans le droit interne des analogies qui éclairaient les problèmes de même ordre rencontrés sur le plan international, le droit interne n'était d'aucun secours pour les contre-mesures. L'autre difficulté tenait à l'absence, dans la communauté internationale, de voies de recours institutionnalisées susceptibles d'être exercées à l'encontre de l'Etat auteur d'un délit international. En conséquence, les Etats lésés s'en remettaient inévitablement pour l'essentiel, du point de vue du droit international général, à leurs propres réactions unilatérales : la Commission du droit international devait à cet égard prendre bien soin, en définissant les conditions dans lesquelles de telles réactions pouvaient être licites, de veiller à ce que les inégalités de fait entre Etats ne jouent pas indûment à l'avantage des riches et des puissants et au détriment des faibles et des pauvres.

312. Le troisième rapport s'ouvrait par un chapitre méthodologique passant en revue les termes utilisés dans la doctrine et dans la pratique. Ces termes étaient la légitime défense, les sanctions, les mesures de rétorsion, les représailles, les contre-mesures, les mesures de réciprocité, et la suspension de l'application ou l'extinction des traités. La partie analytique du rapport présentait ensuite une étude plus détaillée des conditions et des limites dans lesquelles l'Etat lésé peut légitimement prendre des contre-mesures, des rapports qui, en droit international général, lient ces contre-mesures aux régimes "se suffisant à eux-mêmes", de la détermination de l'Etat ou des Etats lésés fondés à recourir à ces mesures et, enfin, des règles de fond limitant le recours aux contre-mesures, comme l'interdiction du recours à la force, le respect des droits de l'homme, l'inviolabilité des personnes bénéficiant d'une protection spéciale et la pertinence des règles du jus cogens et des obligations erga omnes.

313. Le Rapporteur spécial a constaté que les opinions divergeaient sur le point de savoir si les représailles n'étaient légitimes que lorsqu'un acte illicite avait bel et bien été commis. Pour certains, il fallait que la commission de l'acte fût effective, mais pour d'autres, la conviction de bonne foi que l'acte avait été commis suffisait. Du point de vue du sujet à l'examen en tout cas, la question avait été réglée dans la première partie, qui postulait l'existence d'un fait illicite préalable. Pour ce qui est de la finalité des contre-mesures, le Rapporteur spécial a fait état de la diversité des opinions parmi les publicistes : ceux qui voyaient dans l'acte internationalement illicite un acte de caractère surtout "civil" avaient tendance à considérer les contre-mesures comme un instrument à finalité essentiellement restitutive ou compensatoire; ceux qui le concevaient comme un délit de caractère surtout "pénal" attribuaient aux contre-mesures une fonction rétributive. De l'avis du Rapporteur spécial, les contre-mesures avaient une double fonction, à la fois compensatoire et rétributive, l'un ou l'autre aspect passant au premier plan selon les particularités de l'espèce.

314. 11 a également constaté que le but que l'Etat lésé cherchait effectivement à atteindre en prenant des contre-mesures était plus ou moins pertinent selon la nature du fait illicite lui-même, l'étendue du préjudice subi et l'attitude de l'Etat auteur. Le regirue juridique des contre-mesures devait faire la distinction entre les mesures qui visaient à assurer une protection provisoire, à incite1 l'Etat auteur à accepter une procédure

de règlement des différends, ou à ouvrir au moins le dialogue diplomatique, d'une part, et celles qui, d'autre part, étaient destinées à imposer la cessation du fait illicite et à obtenir réparation. Pour le Rapporteur spécial, il faudrait examiner plus à fond, à la lumière de la pratique des Etats, dans quelle mesure le régime juridique des contre-mesures devrait être diversifié selon leurs fonctions ou leurs finalités. Il inclinait pour sa part en faveur d'une telle diversification, en particulier pour ce qui était des effets de la demande préalable de réparation, de la sommation, du respect des obligations en matière de règlement et de la proportionnalité.

315. L'autre question soulevée dans le rapport était de savoir si et dans quelle mesure le recours légitime aux représailles devait être précédé de mises en demeure telles que protestations, demandes de cessation et de réparation, etc. Le Rapporteur spécial a relevé que la doctrine était partagée. Selon une minorité, il n'y aurait en droit aucune demande de cessation ou de réparation à adresser à l'Etat coupable avant de procéder à des représailles. On trouvait une position différente dans la théorie classique tle la responsabilité des Etats, où la réparation et la cessation étaient considérées comme les conséquences principales d'un acte internationalement illicite, les représailles étant essentiellement (mais non exclusivement) des moyens de contrainte visant à obtenir la cessation ou la réparation. En vertu de cette théorie, il était naturel de supposer qu'en principe on ne pouvait recourir légitimement à des actes de représailles avant d'avoir protesté et demandé sans succès la cessation et la réparation. Le Rapporteur spécial a noté que cette position était aussi soutenue, pour l'essentiel, par ceux des auteurs selon lesquels les conséquences d'un fait internationalement illicite n'étaient pas simplement restitutives, compensatoires ou réparatoires, mais aussi rétributives ou afflictives. Ces auteurs partageaient également l'opinion selon laquelle, quelle que fût leur fonction, il n'était pas possible de recourir légitimement aux représailles, à moins d'avoir protesté et demandé en vain la cessation de la violation et/ou la réparation du dommage causé. Le Rapporteur spécial a toutefois observé que les auteurs envisageaient des exceptions : certains, par exemple, estimaient qu'un Etat lésé pouvait recourir légitimement aux représailles sans aucuns préliminaires en cas de dolus de la part de l'Etat coupable. A son avis, il faudrait approfondir la question à la lumière de la pratique des Etats pour voir s'il suffirait d'une simple codification des tendances existantes,

ou si la Commission devrait en venir à un certain développement progressif dans ce domaine.

316. D'autres questions ont été mentionnées comme étant utiles pour déterminer la légitimité des contre-mesures, notamment leur caractère plus ou moins "anodin" ou "énergique", les buts de protection qu'elles visaient et le degré d'urgence du remède. La question des effets que pouvaient avoir d'éventuelles obligations de l'Etat lésé concernant des procédures de règlement des différends était étroitement liée à l'exigence d'une demande préalable de réparation. Elle pouvait être posée comme suit : en vertu de l'Article 2, paragraphe 3, et de l'Article 33 de la Charte, un Etat lésé ne devrait-il prendre aucune mesure avant d'avoir recours à un ou plusieurs des moyens de règlement des différends énumérés dans cette dernière règle ? Existait-il des mesures auxquelles un Etat lésé aurait ou devrait avoir le droit de recourir – par exemple, des mesures provisoires ou des mesures visant à amener la partie adverse à respecter d'éventuelles obligations en matière de règlement des différends – sans attendre que les moyens de règlement aient échoué ? Enfin, le fait qu'une procédure de règlement ou de quasi-règlement en était à un certain stade d'avancement pourrait-il restreindre la faculté de l'Etat lésé de recourir à certaines mesures, et dans quelles conditions ?

317. Le problème crucial de la proportionnalité des mesures et du fait illicite était aussi de ceux à propos desquels le Rapporteur spécial a constaté qu'il n'y avait aucune uniformité, ni dans la pratique des Etats, ni dans la doctrine. Il était enclin à préférer que l'exigence de proportionnalité fût formulée en des termes plus rigoureux qu'elle ne l'avait été dans certaines affaires et dans le projet d'article proposé en 1985.

318. Une autre question difficile, comme le Rapporteur spécial l'a expliqué, était celle de savoir si le régime des contre-mesures devait être adapté lorsqu'il s'agissait de l'extinction de traités ou de la suspension de leur application. Il y avait un certain nombre de problèmes à étudier dans ce contexte, mais qu'il faudrait régler exclusivement en fonction des exigences du sujet – à savoir, le régime des conséquences de faits internationalement illicites – et en évitant de confondre ce régime avec les règles du droit international général régissant le droit des traités, et notamment avec l'article 60 de la Convention de Vienne. Une disposition inapplicable, par exemple, était la partie dudit article 60 qui envisageait la suspension de l'application ou l'extinction d'un traité dans le cas de violation

substantielle seulement de ses dispositions. La distinction entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux était aussi parmi les points essentiels à examiner. Des problèmes supplémentaires se posaient avec les régimes conventionnels "se suffisant à eux-mêmes", comme les traités instituant la Communauté européenne, les traités relatifs aux droits de l'homme, et autres. Pour sa part, il avait tendance à penser qu'en principe, le régime général des contre-mesures devait s'appliquer, en tant que garantie, même dans les cas visés par l'un des régimes conventionnels "se suffisant à eux-mêmes". Beaucoup dépendrait à cet égard de la nature du fait illicite, de l'efficacité du régime considéré, etc.

319. Il fallait aussi s'occuper de la question de l'identification de l'Etat ou des Etats lésés qui étaient en droit de prendre des contre-mesures. Le Rapporteur spécial a noté que bien qu'elle eût initialement été soulevée à propos de l'article 19, relatif aux crimes internationaux, et des violations d'obligations erga omnes (où l'on se trouvait en présence d'une multitude d'Etats lésés), il avait bientôt été entendu qu'elle se posait aussi à propos des délits. De plus, elle ne concernait pas seulement les contre-mesures, mais aussi les conséquences substantielles, à savoir la cessation, la réparation, la satisfaction et les garanties de non-répétition. Cela dit, a son sens, ce serait peut-être une erreur que d'envisager une ou plusieurs règles générales applicables à la situation particulière des Etats dits "non directement" ou "moins directement" lésés pour ce qui était des conséquences de faits internationalement illicites. Cette situation particulière ne pouvait être déterminée d'une manière générale, elle ne pouvait l'être qu'in concreto, dans chaque cas particulier, d'après la nature et les circonstances de l'espèce elle-même, d'une part, et de l'autre, en fonction de l'application des règles générales régissant le droit de présenter une demande de réparation et les conditions à remplir à cette fin ainsi que de la licéité des contre-mesures (proportionnalité, demande préalable, tentative préalable de recours à une procédure de règlement des différends, etc.). En fait, la singularité de la situation des Etats dits "indirectement" lésés n'était probablement qu'une affaire de degré dans l'optique tant de la réparation que des contre-mesures.

320. Autres problèmes extrêmement importants et difficiles qu'il fallait traiter dans le contexte des contre-mesures : ceux des restrictions limitant Les moyens que l'Etat ou les Etats lésés pouvaient légitimement employer à titre de contre-mesures. Désignant ces règles de fond par les termes

"limitations" ou "restrictions", le Rapporteur spécial les a traitées sous les intitulés suivants : - l'interdiction de la force; - le respect des droits de l'homme; - l'inviolabilité des personnes bénéficiant d'une protection spéciale; et - l'observance des règles impératives et des obligations erga omnes.

321. Le Rapporteur spécial a constaté que la doctrine dominante aussi bien que les déclarations ou décisions faisant autorité d'organes politiques et judiciaires internationaux allaient dans le sens de la condamnation de toutes les formes de contre-mesures armées. Avec tout l'ensemble de l'Article 2, paragraphe 4 de la Charte, cette interdiction ferait désormais partie, selon ce point de vue dominant, du droit international général non écrit. A son avis, il ne fallait pas pour autant fermer les yeux sur la persistance de pratiques et de doctrines qui admettaient des exceptions risquant de vider l'interdiction de son sens. Il y avait des divergences de vues sur le point de savoir si la contrainte économique était illicite. Pour de nombreux auteurs, la contrainte économique n'était pas visée à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, et ne pouvait donc être condamnée que dans le cadre d'une règle distincte prohibant l'intervention. Le Rapporteur spécial pensait qu'en tout état de cause, certaines formes extrêmes de mesures économiques pourraient tomber sous le coup de l'interdiction de la force.

322. Le respect des droits de l'homme constituait, selon le Rapporteur spécial, une autre règle de fond limitant le recours aux contre-mesures. Cette restriction valait aussi pour les principes fondamentaux d'humanité en général. Le Rapporteur spécial a en outre mentionné l'inviolabilité des personnes bénéficiant d'une protection spéciale comme autre restriction de fond à la faculté de recourir à des contre-mesures. Il a parlé des divers points de vue sur les raisons d'exclure les représailles contre les envoyés diplomatiques, ainsi que de la thèse selon laquelle il y avait des distinctions à établir entre les diverses sortes de protection dont ces envoyés bénéficiaient, certaines d'entre elles pouvant être soumises à des restrictions à titre de représailles. La dernière limitation de fond mentionnée par le Rapporteur spécial était constituée par les règles du jus cogens et les obligations erga omnes. Les représailles ne pouvaient consister en le violation d'une règle impérative, proposition qui était sous-entendue à l'article 30 (Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite) de la première partie.

CHAPITRE VIII

AUTRES DECISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. Programme, travaux, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

323. La Commission a noté qu'au paragraphe 4 de sa résolution 45/41, l'Assemblée générale l'avait priée :

a) De poursuivre l'examen de ses méthodes de travail sous tous leurs aspects, en ayant à l'esprit que l'échelonnement de l'examen de certains sujets peut contribuer, entre autres, à un examen plus efficace de son rapport par la Sixième Commission;

b) De veiller spécialement à indiquer dans son rapport annuel, pour chaque sujet, les questions spécifiques à propos desquelles il serait particulièrement intéressant pour la poursuite de ses travaux que les gouvernements expriment leurs vues, soit à la Sixième Commission, soit sous forme écrite.

324. La Commission a décidé que cette demande serait examinée au titre du point 9 de son ordre du jour, intitulé "Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission".

325. Le Groupe de planification du Bureau élargi était composé comme il est indiqué supra, paragraphe 4. Les membres de la Commission qui n'étaient pas membres du Groupe ont été invités à assister aux réunions du Groupe, et plusieurs d'entre eux ont participé à ses travaux.

326. Le Groupe de planification a tenu 6 séances, entre le 25 juin et le 10 juillet 1991. Il était saisi de la section du résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa quarante-cinquième session, intitulée "Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission" (A/CN.4/L.456, par. 471 à 500). Il était également saisi de plusieurs propositions soumises par des membres de la Commission.

327. Le Bureau élargi a examiné le rapport du Groupe de planification à sa 2ème séance, le 5 juillet 1991. A ses 2251ème et 2252ème séances, le 19 juillet 1991, la Commission a adopté les paragraphes ci-après, sur la base des recommandations du Bureau élargi découlant des débats du Groupe de planification.

Programme de travail à long terme

328. Conformément au paragraphe 544 du rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-deuxième session, le Groupe de travail établi à la quarante et unième session pour examiner le programme de travail à long terme de la Commission 383/ a achevé l'examen des queetions relevant de son mandat et a soumis son rapport au Groupe de planification 384/.

329. Le Groupe de planification puis la Commission ont pris note du rapport et des recommandations qu'il contenait.

330. Sur la base du rapport, la Commission a établi la liste ci-aprks de sujets, sur laquelle elle compte choisir des sujets pour inclusion dans son programme de travail à long terme :

a) le droit des eaux souterraines captives internationales
b) l'application extraterritoriale de la législation nationale
c) le droit relatif aux migrations internationales
d) l'extradition et l'entraide judiciaire
e) les effets juridiques des résolutions des Nations Unies
f) réglementation juridique internationale de l'endettement vis-à-vis de l'extérieur
g) les conditions juridiques des investissements de capitaux et les accords y relatifs
h) arrangements institutionnels concernant le commerce des produits de base
i) aspects juridiques internationaux de la protection de l'environnement des espaces non soumis à la juridiction nationale (global commons)
j) les droits des minorités nationales
k) les commissions internationales d'enquête (établissement des faits)
l) les aspects juridiques du désarmement.

383/ Le Groupe de travail était composé de M. Díaz González (Président), M. Al-Khasawneh, M. Mahiou, M. Pawlak et M. Tomuschat.

384/ Voir Annexe.

Comité de rédaction

331. Comme suite à la demande contenue au paragraphe 11 de la risolution 45/41 de l'Assemblée générale, la Commission souhaite indiquer que, conformément à la décision qu'elle a prise au cours de sa quarante-deuxième session 385/, elle a organisé les travaux de sa quarante-troisihme session de façon que le Comité de rédaction puisse travailler intensivement pendant deux semaines au début de la session, le but étant d'atteindre les objectifs qu'elle s'était fixés pour le mandat en cours.

332. Durant ces deux semaines, du 30 avril au 10 mai, le Comité d'rédaction a tenu 13 séances. Grâce à un effort intensif, le Comité a réussi pendant ces séances à achever sa deuxième lecture du sujet "Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens". Il a également consacre trois de ces séances à la formulation de nouveaux articles sur le sujet "Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité".

333. Tous les membres de la Commission présents à Genève pendant les deux premières semaines de mai ont pris part aux réunions du Comité de rédaction.

Autres questions examinées par le Groupe de planification

334. La Commission suggère que l'on tire parti chaque fois que cela est nécessaire des possibilités offertes par l'alinéa d) de l'article 16 du statut 386/.

385/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément No 10 (A/45/10), par. 548.

386/ Cet alinéa se lit comme suit :

"Lorsque l'Assemblée générale renvoie à la Commission une proposition concernant le développement progressif du droit international, la Commission suit, dans les grandes lignes, la procédure suivante :

...

d) Elle désigne, s'il y a lieu, dans son sein les membres chargés de travailler avec le Rapporteur à la préparation d'avant-projets, en attendant les réponses à son questionnaire;

..."

335. La Commission considère que, comme le prévoit l'alinéa e) de l'article 16 du statut, elle devrait s'efforcer de coordonner ses travaux avec ceux d'autres institutions des Nations Unies, d'organisations régionales et de centres scientifiques s'occupant de questions figurant à son programme de travail actuel. Cette coordination peut prendre plusieurs formes : on pourrait prévoir des échanges de documentation sur certaines questions pertinentes, demander à ces institutions des Nations Unies de présenter des observations sur des matières relevant de leur compétence et assurer, lorsque cela est nécessaire et dans les limites du budget, une représentation mutuelle dans les réunions qui ont lieu sur des sujets apparentés.

336. La Commission est d'avis que pour faciliter l'examen de son rapport ainsi que la codification et le développement progressif du droit international, elle devrait, au cours de la première année du prochain mandat de ses membres, revoir les critères qui président à la préparation de son rapport.

337. La Commission a pris note avec intérêt des renseignements fournis par le Conseiller juridique, dans sa déclaration du 25 juin 1991, sur les efforts accomplis pour mettre sur ordinateur le Recueil des Traités des Nations Unies. La banque de données à laquelle on travaille sera sans aucun doute très utile à la Commission.

Durée de la Prochaine

338. La Commission tient à réaffirmer que les nécessités du travail de développement progressif et de codification du droit international, ainsi que l'ampleur et la complexité des sujets inscrits à son ordre du jour, rendent souhaitable de consacrer à ses sessions leur durée habituelle. La Commission tient également à souligner qu'elle a pleinement utilisé le temps et les services mis à sa disposition pendant sa présente session.

Questions diverses

339. La Commission a examiné les questions soulevées au paragraphe 546 de son rapport sur les travaux de sa quarante-deuxième session touchant la possiblité de scinder en deux ses sessions. Mais comme cette proposition n'avait pas été étudiée en détail par le Groupe de planification, elle a décidé de reprendre la question à sa prochaine session et, si besoin était, de prier le Secrétariat de rédiger a ce sujet un état des incidences administratives et financières.

B. Coopération avec d'autres organismes

340. La Commission était représentée à la session du Comité juridique consultatif africano-asiatique, tenue en avril 1991 au Caire, par M. Jillyong Shi, son président, qui y a assisté en qualité d'observateur de la Commission et a pris la parole en son nom. Le Comité juridique consultatif africano-asiatique était représenté à la présente session de la Commission par son secrétaire général, M. Frank Njenga. M. Njenga a pris la parole à la 2233ème séance de la Commission, le 2 juillet 1991, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

341. La Commission était représentée à la session de 1990 du Comité juridique interaméricain, tenue à Rio de Janeiro, par M. Carlos Calero Rodrigues, qui a assisté à la session en qualité d'observateur de la Commission.

342. La Commission était représentée à la session de novembre 1990 du Comité européen de coopération juridique, tenue à Strasbourg, par M. Pellet, qui y a assisté en qualité d'observateur de la Commission et a pris la parole en son nom. Le Comité européen de coopération juridique était représenté à la présente session de la Commission par Mme Margaret Killerby. Mme Killerby a pris la parole à la 2237ème séance de la Commission, le 9 juillet 1991, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

C. Autres activités de coopération liées aux travaux de la Commission

343. Un groupe de membres de la Commission ont participé avec d'autres spécialistes du droit international, à un Séminaire sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et sur l'établissement d'une juridiction criminelle internationale. Le Séminaire, organisé par la Fondation pour l'établissement d'une cour criminelle internationale - Commission pour le droit criminel. international, s'est tenu à Talloires, en France, du 18 au 20 mai 1991.

344. Plusieurs membres de la Commission ont participé, avec d'autres spécialistes du droit du désarmement, aux réunions du Comité du droit du désarmement et de la limitation des armements (Association de droit international) tenues à Genève les 7 et 8 juillet 1991.

D. Date et lieu de la quarante-quatrième session

345. La Commission a décidé de tenir sa prochaine session à l'Office des Nations Unies à Genève, du 4 mai au 24 juillet 1992.

E. Représentation à la quarante-sixième session de l'Assemblée générale

346. La Commission a décidé de se faire représenter à la quarante-sixième session de l'Assemblée générale par son président, M. Abdul C. Koroma 387/.

F. Séminaire de droit international

347. En application de la résolution 45/41 de l'Assemblée générale, l'office des Nations Unies à Genève a organisé durant la session actuelle de la Commission la vingt-septième session du Séminaire de droit international qui, comme suite à la décision adoptée par la Commission à sa quarante-deuxième session, a été dédiée à la mémoire de M. Paul Reuter et intitulée "Session Paul Reuter". Ce séminaire est destiné à de6 jeune6 gens poursuivant de6 études supérieures de droit international et à de jeune6 professeurs ou fonctionnaire6 nationaux amenés à s'occuper de questions de droit international.

348. Un comité de sélection, présidé par le professeur Christian Dominicé (Institut universitaire de haute6 étude6 internationales, Genève), s'est réuni le 14 mars 1991 et, après avoir examiné quelque 80 demande8 de participation au séminaire, a retenu 24 candidat6 de nationalités différentes, pour la plupart ressortissants de pays en développement. Vingt de6 candidat8 retenu6 ont pu participer à cette session du séminaire, ainsi que cinq boursiers de l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR) 388/.

387/ A sa 2252ème séance, le 19 juillet 1991, la Commission a prié M. Julio Barboza, Rapporteur spécial chargé du sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activité6 qui ne sont pas interdite8 par le droit international", d'assister aux travaux de la quarante-sixième session de l'Assemblée générale lorsque ce sujet y serait examiné.

388/ Ont participé à la vingt-septième session du Séminaire de droit international : M. Farouk Al-Attar (République arabe syrienne) (boursier de l'UNITAR); M. Mohamed Bentaja (Maroc); M. Banuera Berina (Kiribati); Mme Claire Bury (Royaume-Uni); Mme Miryam Bustos Sanchez (Colombie); M. Miguel Celi Vegas (Pérou); Mme Esther Chibanda (Zimbabwe) (boursière de l'UNITAR); Mme Vesna Crnic-Grotic (Yougoslavie); M. Thana Duangratana (Thaïlande); M. John Ejoku Opolot (Ouganda); Mme Celia Feria (Philippines);

(Suite de la note page suivante)

349. La session du Séminaire s'est tenue au Palais de6 Nations du 3 au 21 juin 1991, sous la direction de Mme Meike Noll-Wagenfeld, de l'Office de6 Nations Unie6 à Genève. En l'absence du président de la Commission, elle a été ouverte par 6on premier vice-président, M. John Alan Beesley. Durant le8 trois semaines de la session, les participant6 ont assisté aux séance6 de la Commission du droit international et entendu des conférence6 spécialement organisées à leur intention.

350. Plusieurs conférences ont été dédiées, durant la Session Paul Reuter, à la mémoire de ce grand juriste et ancien membre de la Commission; elle6 ont contribué à rappeler ses très nombreuses contributions au droit international. Le6 conférence6 suivantes ont été donnée6 par des membre6 de la Commission sur ce sujet : M. Awn Al-Khasawneh : "La Convention de Vienne sur le droit des traité6 entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales"; M. Alain Pellet : "Morale et droit dans les relations internationales (Paul Reuter, une approche 'morale' du droit international)"; M. Emmanuel Roucounas : "Les relations juridique6 entre le6 organisations internationales, leurs Etats membre6 et les tiers dans l'oeuvre de Paul Reuter"; M. Christian Tomuschat : "La contribution du professeur Paul Reuter à la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier - première étape de l'intégration européenne". Une conférence a été donnée par le professeur Jean-Pierre Quéneudec, membre de 1 'Organe international de contrôle des stupéfiants sur : "La contribution du professeur Paul Reuter aux travaux de l'organe international de contrôle des stupéfiants".

(Suite de la note 388/)

Mme Carmen Gonzalez Pedrouzo (Uruguay) (boursière de l'UNITAR); Mme Birgit Kofler (Autriche); M. Malila Mumba (Zambie); Mme Phoebe Okowa-Bennun (Kenya); M. Jorge Rocha Aramburo (Bolivie); M. George Sarpong (Ghana); Mme Swnitra Sripada (Inde); M. Kari Takamaa (Finlande); M. Feleti Teo (Tuvalu); M. José Thompson (Costa Rica); M. Paul Tiendrebeogo (Burkina Faso); M. Puntsagiin Tsagaan (République populaire mongole) (boursier de l'UNITAR); Mme Mary-Lois Vilakazi (Swaziland) (boursière de l'UNITAR); M. Marc Weller (Allemagne).

351. Plusieurs conférences ont été données par des membres de la Commission sur d'autres sujets, à savoir : M. Andreas Jacovides : "Le rôle du droit international dans la diplomatie contemporaine"; M. Ahmed Mahiou : "Présentation de la Commission du droit international et de son oeuvre"; M. Stephen McCaffrey : "Le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation"; M. Luis Solari Tudela : "Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité"; M. Doudou Thiam : "Les problèmes d'une juridiction pénale internationale".

352. Des exposés ont également été faits par des fonctionnaires du Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme et de la Division juridique du Comité international de la Croix-Rouge sur les sujets suivants : M. Gudmundur Alf redsson : "Le programme de L'Organisation des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme" et Mme Louise Doswald-Beck : "Le droit humanitaire international et le droit public international".

353. Comme cela est devenu la tradition pour ce séminaire, la République et Canton de Genève a offert son hospitalité aux participants. A cette occasion, M. Bollinger, chef de l'information du Canton, et M. J.J. Rosé, chef du Service de la législation et des publications officielles, ont fait à leur intention des exposés sur le régime constitutionnel et politique de la Suisse.

354. A la fin de la session du Séminaire, M. Abdul G. Koroma, président de la Commission, et M. Livio Botha, représentant le Directeur général de l'Office des Nations Unies à Genève, ont pris la parole devant les participants. Au cours de cette brève cérémonie, chacun de ceux-ci s'est vu remettre un certificat attestant sa participation à la vingt-septième session du Séminaire.

355. Le Séminaire de droit international est financé au moyen de contributions volontaires des Etats Membres et de bourses que les gouvernements accordent à leurs nationaux. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que les Gouvernements de l'Allemagne, de l'Autriche, du Danemark, de la Finlande, de l'Irlande, du Maroc, du Royaume-Uni, de la Suède et de la Suisse avaient offert des bourses, en particulier à des participants provenant des pays en développement, en versant des contributions volontaires au programme d'assistance approprié des Nations Unies. Ces bourses ont permis d'assurer une bonne répartition géographique des participants et de faire venir de pays éloignés des candidats méritants qui n'auraient pu, sans cela, participer à la session. Cette année, des bourses intégrales (couvrant à la fois les frais de voyage et les frais de subsistance) ont été accordées à 13 participants, et

une bourse partielle (couvrant seulement les frais de subsistance) à un participant. Sur les 596 participants, représentant 146 nationalités, qui ont été admis à assister au Séminaire depuis 1964, date de sa création, 308 ont bénéficié d'une bourse.

356. La Commission tient à souligner l'importance qu'elle attache aux sessions du Séminaire, qui donnent à de jeunes juristes, et en particulier à ceux venant des pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et avec les activités des nombreuses organisations internationales qui ont leur siège à Genève. La Commission note avec satisfaction qu'en 1991 des bourses ont pu être attribuées à tous ceux qui avaient demandé une aide pécuniaire. Comme les fonds disponibles sont presque épuisés, la Commission recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux Etats afin que ceux qui sont en mesure de le faire versent les contributions volontaires indispensables pour assurer au Séminaire de 1992 la plus large participation possible.

357. La Commission a noté avec satisfaction qu'en 1991 un service complet d'interprétation avait été mis à la disposition du Séminaire. Elle exprime l'espoir que tout sera mis en oeuvre pour continuer à fournir aux prochaines sessions du Séminaire les mêmes services et moyens de travail, en dépit des contraintes financières.

G. Conférence commémorative Gilberto Amado

358. Afin d'honorer la mémoire de l'illustre juriste brésilien Gilberto Amado, ancien membre de la Commission, il avait été décidé en 1971 d'organiser une cérémonie commémorative sous la forme d'une conférence à laquelle seraient conviés les membres de la Commission, les participants à la session du Séminaire de droit international et d'autres spécialistes du droit international.

359. Les conférences commémoratives Gilberto Amado ont été rendues possibles par de généreuses contributions du Gouvernement brésilien. Au début de sa présente session, la Commission a constitué un comité informel de consultation – composé de M. Carlos Calero Rodrigues, président, M. Francis M. Hayes, M. Andreas Jacovides, M. Abdul G. Koroma et M. Alexander Yankov – sur les dispositions à prendre pour organiser en 1991 une conférence commémorative Gilberto Amado. La onzième Conférence commémorative Gilberto Amado, qui a été précédée d'un dîner, s'est tenue durant la vingt-septième session du Séminaire

de droit international, le 6 juin 1991. La Conférence, donnée le 2 juillet 1991 par M. Francisco Rezek, ministre des relations extérieures du Brésil, avait pour thème "Le droit international, la diplomatie et l'organisation des Nations Unies à la fin du XX^{e} siècle". La Commiseion espère que, comme par le passé, le texte de cette conférence sera publié en anglais et en français, de façon à être mis à la disposition du plus grand nombre possible de spécialistes du droit international.

360. La Commission, souhaitant exprimer sa gratitude au Gouvernement brésilien pour SP généreuse contribution, qui a permis la tenue de la conférence commémorative Gilberto Amado en 1991, a prié son Président de transmettre ses remerciements à ce gouvernement.

ANNEXE

RAPPORT PRESENTE AU GROUPE DE PLANIFICATION PAR LE GROUPE DE TRAVAIL DU PROGRAMME DE TRAVAIL A LONG TERME

1. Conformément au paragraphe 544 du rapport présenté par la Commission à l'Assemblée générale à sa quarante-cinquième session, le Groupe de travail du programme de travail à long terme s'est réuni les 12, 19, 20 et 27 juin, ainsi que le 4 juillet 1991, afin d'examiner les questions relevant de son mandat.

2. A l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a décidé de recommander au Groupe de planification d'inclure dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa présente session les paragraphes ri-après :

"1. Conformément au paragraphe 544 du rapport présenté par la Commission à l'Assemblée générale à sa quarante-cinquième session, le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a/ s'est réuni à nouveau pour formuler les recommandations appropriées sur les questions relevant de son mandat (doc. A/45/10, note 325, par. 9).

2. Au cours de ses délibérations, le Groupe de travail avait particulièrement à l'esprit : a) l'article 18 du statut de la Commission du droit international; h) les 4ème et 5ème alinéas du préambule et le paragraphe 4 de la résolution 45/41 de l'Assemblée générale, du 28 novembre 1990, consacrée au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session; c) le paragraphe 4 de la résolution 45/40 de l'Assemblée générale, du 28 novembre 1990, sur la Décennie des Nations Unies pour le droit international, ainsi que les paragraphes I (2 et 3), III (1) et V (3) de l'annexe à cette résolution, consacrée au Programme d'activités dont l'exécution commencera pendant la première partie (1990-1992) de ladite Décennie; d) le rapport d'activité du Groupe de travail figurant dans le rapport présenté par la Commission du droit international à l'Assemblée générale à sa quarante-cinquième session (doc. A/45/10, note 325);

a/ Le Groupe de travail était composé de : M. Díaz González (Président), M. Al-Khasawneh, M. Mahiou, M. Pawlak et M. Tomuschat.

e) les vues exprimées par les membres de la Sixième Commission sur ce rapport d'activité telles qu'elles ressortent du résumé thématique établi par le Secrétariat (A/CN.4/L.456, par. 481 à 487); f) les vues exprimées par les Etats Membres et des organisations internationales sur la 'Décennie des Nations Unies pour le droit international' et en particulier sur la 'promotion du développement progressif du droit international et de sa codification', telles qu'elies ressortent du rapport du Secrétaire général (A/45/430)."

3. Le Groupe de travail a fait le point de tout ce que la Commission du droit international avait réalisé au cours des 45 dernières années, pour assurer la codification et le développement progressif du droit international et transformer les règles classiques du droit international coutumier en un ensemble de normes très systématisé. Le Groupe a conclu que, malgré les progrès considérables déjà réalisés dans ce domaine, la complexité et la diversité de la réalité internationale ainsi que son évolution et son mouvement constants continuaient à poser des problèmes qui exigeaient une réponse juridique internationale.

4, A cet égard, le Groupe de travail a estimé que la Commission du droit international, principal organe créé par l'Assemblée générale pour travailler à la codification et au développement progressif du droit international conformément à l'Article 13 1) a) de la Charte des Nations Unies, était particulièrement qualifiée pour relever ce défi et apporter du même coup une contribution majeure aux objectifs de la Décennie des Nations Unies pour le droit international.

5. Le Groupe de travail a considéré que la Commission pouvait contribuer à la Décennie de plusieurs manières. La première était d'achever ses travaux sur les sujets figurant actuellement à son ordre du jour. A cet égard, et songeant en particulier au sujet intitulé "Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité", le Groupe de travail a considéré qu'une manière particulièrement utile de servir les objectifs fondamentaux de la Décennie et de renforcer la légalité dans les relations internationales serait, pour la Commission, d'élaborer le projet de statut d'un tribunal pénal international, si l'Assemblée en décidait ainsi.

6. De plus, à mesure que les objectifs mentionnés dans le paragraphe précédent seront atteinte, il y aura nécessairement une réduction progressive du nombre de sujets figurant à l'ordre du jour de la Commiseion, si bien qu'il faudra définir de nouveaux sujets à inscrire à son programme de travail pour les années à venir. Le Groupe de travail a estimé que lorsqu'elle proposera de nouveaux sujets à l'Assemblée générale, la Commission devra avoir particulièrement à l'esprit les objectifs de la Décennie et le souci de contribuer au mieux à son succès.

7 . cet égard, le Groupe de travail a été d'avis que les nouveaux sujets envisagés devraient répondre aux besoins les plus pressants de la communauté internationale et que la plupart d'entre eux devraient présenter un intérêt pratique plutôt que théorique et être susceptibles d'être traités en quelques années, si poesible avant la fin du prochain mandat de la Commission ou avant la fin de la Décennie, même si, pour un tout petit nombre d'autres sujets d'un intérêt évident, la codification et le développement progressif doivent demander plus de temps.

8. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail propose que la Commission recommande à l'Assemblée générale d'inclure dans le programme de travail à long terme les sujets énumérés ci-dessous. Ces sujets ont été groupés sous cinq rubriques, mais l'ordre des rubriques, ou l'ordre des sujets dans chaque rubrique, n'implique aucun ordre de priorité spécifique.

Droit économique international

Réglementation juridique internationale de l'endettement vis-à-vis de 1 'extérieur

Les conditions juridiques des investissements de capitaux et les accords y relatifs

Aspects juridiques de la protection de l'environnement

Aspects juridiques de la protection de l'environnement des espaces non soumis à la juridiction nationale **(global commons)**

Le droit des eaux souterraines captives internationales

Les effets juridiques des résolutions des Nations Unies

L'application extraterritoriale de la législation nationale

Autres questions juridiques

Le droit relatif aux migrations internationales

Les droits des minorités nationales

L'extradition et l'entraide judiciaire

Les commissions internationales d'enquête (établissement des faits).

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may bc obtained from bookstores and distributors thrwghout thc world. Consul1 your bookstore or write to: United Nations. Sales Section. New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dens les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en tains partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Nacioncs Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Litho in United Nations, New York ISSN 0251-8589 29462—September 1991—1,420